REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 11-2016-196-02

DEMANDANTE: EDGAR DAVID ERNESTO PARDO CALDERON

DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (20121)

AUTO

Sería del caso resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada de la señora Nelsy Alfonso de Pardo sino fuera porque se advierte que, en primer lugar, con la argumentación del mismo no se cumple con el principio de consonancia dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., puesto que no guarda concordancia con la sentencia dictada por el a quo el 25 de septiembre de 2019.

Por otro lado, con la exposición del mismo se insiste injustificadamente en la suspensión del proceso, por lo que el juez debió denegar el recurso por improcedente, sin embargo, no lo hizo, siendo que tal petición ya había sido discutida y resuelta en el trámite ordinario de primera instancia teniendo como resultado negar esa solicitud.

Adviértase que, la hoy recurrente en auto proferido en audiencia pública del 5 de marzo de 2019 en el Juzgado, tuvo la oportunidad de controvertir la decisión que negó la suspensión del proceso, la cual fue, precisamente confirmada por esta Sala de Decisión en auto del pasado 2 de abril de 2019.

Así las cosas, comoquiera que, de la sustentación que hizo la apoderada de la señora Nelsy Alfonso de Pardo, no se desprende que corresponda al recurso de apelación, sino a reiterar una vez más la suspensión del proceso, que tal como se indicó antes, ya había sido resuelta, sin embargo, el Juez de Instancia permitió que prosiguiera su trámite sin recabar, que, en todo caso, solo es posible solicitar la suspensión procesal antes de la sentencia de conformidad con el artículo 161 del C.G.P., no siendo posible tampoco conocer de las diligencias en consulta, dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada, y por tanto, debe devolverse el expediente al Juzgado de origen.

En consecuencia, teniendo en cuenta que los autos ilegales no atan a esta Sala, se dispondrá dejar sin efecto y valor el auto del 22 de octubre de 2019 mediante el cual se admitió el recurso de apelación formulado por la apoderada de la interviniente Nelsy Alfonso de Pardo, para luego rechazarse el mismo por improcedente.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: DEJAR SIN EFECTO Y VALOR el auto de fecha 22 de octubre de 2019 que admitió el recurso de apelación, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: RECHAZAR por **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación formulado por la apoderada de la de la demandada interviniente Nelsy Alfonso de Pardo, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TECERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 10-2017-486-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JUAN DE JESÚS MONTAÑO

DEMANDADO: CARLOS RIVERO SILVA

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de diciembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este alegaciones por el curador ad – lítem designado para la defensa del demandado quien solicita, se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor JUAN DE JESÚS MONTAÑO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y el demandado, existió un contrato verbal desde el 1 de febrero de 2005 al 21 de septiembre de 2015, el que terminó por causas imputables al empleador, ante el incumplimiento de este de sus obligaciones; como

consecuencia de tal declaración peticiona se condene a este último a efectuar el pago de auxilio de cesantías, causado durante la vigencia de la relación laboral, vacaciones de los últimos 3 años de labores, prima de servicios por el mismo interregno, la suma de $23.196.600, correspondiente al total de salarios adeudados y no prescritos, indemnización del artículo 65 del CST, indemnización por despido injustificado y sanción por no consignación de cesantías a un fondo prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. (fls.16 y 17)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 1 de febrero de 2005 entre él y el demandado, convinieron un contrato de trabajo verbal a término indefinido, en virtud del cual, el actor se desempeñaría en el cargo de cuidador de un lote, ubicado en la localidad de Suba, ciudad de Bogotá, que como salario pactaron la suma de $500.000 mensuales, valor que se incrementaría conforme al SMLV, que tal asignación fue pagada cumplidamente por su empleador hasta el mes de septiembre de 2008. Afirma que la labor a él encomendada, la ejecutó de manera personal atendiendo a las órdenes e instrucciones del demandado, con un horario de trabajo de 24 horas, por lo que este de igual manera, adeuda lo concerniente a horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos.

Indica que el 25 de noviembre de 2009 y encontrándose en el desarrollo de sus labores, se presentaron funcionales judiciales y de la inspección de Policía de la localidad de Suba, quienes practicaron diligencia de secuestro del inmueble a su cargo, que para el mes de septiembre de 2015 y luego de concluir el proceso ejecutivo con fundamento en el cual se secuestró el inmueble, se dispone su remate y en dicha oportunidad, se hace entrega al rematante, señor Luis Francisco Parrado, que a la finalización de su vinculación no recibió el pago de sus prestaciones sociales ni fue afiliado al sistema integral de seguridad social. (fls. 17 y 18).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El curador designado para la defensa del demandado, contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó parcialmente el No. 7, respecto a la diligencia de secuestro y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó ausencia patronal y caducidad. (fl.108)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR probada la excepción de AUSENCIA PATRONAL y absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin condena en costas. (fl. 141)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que como pruebas se habían allegado copia del certificado del certificado de tradición y libertad del inmueble que indica el actor cuidó por orden del demandado, acta de diligencia del secuestro del mismo, consulta RUAF del demandante y se habían practicado interrogatorio al demandante y a dos testimoniales traídos por este.

Que conforme a lo previsto en los artículo 23 y 24 del CST, era necesario la confluencia de los 3 elementos señalados en la primer norma en cita y de igual forma el artículo 24, indicaba que probada la prestación personal del servicio, se presumía que estaba regida por un contrato de trabajo; indicó que analizadas las pruebas allegadas, el despacho concluía que no se lograba demostrar la existencia del contrato de trabajo alegada, pues si bien había quedado demostrado que el propietario del inmueble ubicado en la localidad de Suba, era de propiedad del demandado Carlos Rivero, que se señalaba en la demanda que el actor había cuidado dicho inmueble y a folio 8 el mismo demandante a través de declaración extrajuicio, había indicado que cuidaba el inmueble de propiedad del demandado, desde el año 2005, devengando $500.000, que dicha declaración se realizó el 21 de septiembre de 2005, indicando que hasta la misma él no había tenido vista, trato, ni comunicación con el señor Carlos Rivero; de tal manera que en escrito de demandada señala

que fue en el 2005, cuando inició la relación laboral con el demandado y en la documental a que se alude afirmó que desde dicha anualidad, no tenía contacto con su empleador, cuestión que resultaba extraña.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, indica que el lote le fue entregado por el señor Carlos y lo está cuidando desde el año 2000 y hasta el 2015, de igual forma en dicha oportunidad indicó que su empleador no le volvió a pagar salarios desde el año 2008, contrario a lo que manifestó en la declaración ante notaría en la cual señaló que no tenía contacto con él desde el 2005, en el mismo sentido, manifestó que se había pactado como salario, la suma de $500.000, cuestiones que resultan claramente contradictorias con lo señalado en escrito de demanda y su mismo dicho en declaración extraprocesal. Adicionalmente, expresa en interrogatorio de parte que el señor Carlos Rivero le daba órdenes a través de llamada y no se explicaba el despacho cómo le impartía dichas órdenes si desde el 2005, había perdido contacto con él; de igual forma en la ocasión en que rindió interrogatorio de parte, afirmó que recogía la cosecha de maíz y papa en el inmueble que cuidaba, la que compartía con el demandado y cuándo se le preguntó qué funciones ejercía, este respondió que cuidar el lote, cercarlo, limpiarlo; de lo que no resulta claro si le había sido encomendado cuidar el lote o él se beneficiaba de tales cosechas, pues indicó que el demandado, le había señalado en varias oportunidades que tomara toda la cosecha para él.

Afirmó que cuando se recepcionó el testimonio del señor Rafael Morales, este señaló que conocía al demandante porque eran vecinos, que él hacía sembrados de maíz y papa, labores que ejecutaba siempre solo el demandante, que nunca vio que otra persona le diera órdenes al actor, que cuidaba el lote desde el año 2005, que no sabe si le impusieron un horario; de lo que se establece que a ese testigo, no le consta la relación laboral alegada, pues todo su dicho se basa en lo que le contó el demandante.

Indicó que en relación al lote, se había presentado una diligencia de secuestro en el año 2009, cuyo secuestre deja en depósito provisional el inmueble a la señora Ana Isabel Pinilla, quien es la compañera del demandante y en cuanto al señor Aldana Bustos, indicó al despacho que él había sido el secuestre y

cuando llegó a realizar la diligencia le indicaron que el demandante, era quien tenía el cuidado del inmueble, pero él no se encontraba allí por lo que dejó el depósito provisional a cargo de la señora Ana Pinilla; afirmó que en gracia de discusión, no era cierto que se le hubiera prestado por parte del demandante al demandado el servicio alegado, pues desde el año 2009, el demandado no tenía administración del inmueble, ya que se le entregó al adjudicatario Luis Parrado, quien a su vez lo dejó en depósito gratuito a la señora Isabel; indicando el señor Aldana que en 2 o 3 oportunidades que fue al inmueble, vio al señor Juan de Jesús, nunca le pidió cuentas de la administración del inmueble ni de las cosechas.

Manifestó por último que el adjudicatario del inmueble, indicó que él remató el lote y conoció para el 2013 o 2014 al demandante y una vez departiendo le indicaron que este cuidaba el inmueble y el mismo actor le había indicado al señor Parrado que no había tenido contacto con el dueño del bien inmueble desde el año 2009, lo que devela más contradicciones en los dichos del demandante, constándole igualmente a este testigo circunstancias que le contó el demandante; razón por la cual ninguna prueba llevaba a determinar la existencia de la relación laboral alegada, como quiera que las testimoniales vertidas al proceso no tuvieron conocimiento directo de la misma, todos hablan de cuestiones que el demandante les contó, aunado a que el mismo demandante contradice sus dichos, en cuanto al salario que indica se pactó con el demandado y respecto de la fecha en que perdió contacto con su presunto empleador, no encontrándose demostrada ni siquiera la prestación del servicio ya que el demandante había señalado que el demandado le había indicado que le dejaba el lote y que sembrara si quería, habiendo quedado probado que él sembraba en dicho lote de propiedad del demandado, pero no se había demostrado que este último le hubiera entregado el lote al demandante para su cuidado a cambio de un salario, no pudiéndose aplicar la presunción de que trata el antedicho artículo 24 del CST, aunado a que no se había allegado ni una sola prueba de pagos efectuados por el demandado al demandante, debiéndose absolver de las súplicas de demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que si bien era cierto, existían algunas incongruencias entre las fechas de la declaración extraprocesal rendida por el demandante, lo dicho por este en interrogatorio de parte y lo expresado en escrito de demandada, tales circunstancias fueron aclaradas por el mismo demandante en interrogatorio de parte, cuando indicó que perdió contacto con el demandante a partir del año 2009, lo que corrobora que desde el año 2005, prestó sus servicios al demandado, cuestión de la que dieron fe los testigos, quienes señalaron que veían al actor en el inmueble a diario y en lo que hace referencia al salario, si bien, también se observan unas contradicciones, se debe tener en cuenta el salario mínimo para cuantificar las prestaciones a que hay lugar y si bien el señor demandado, se desentendió del inmueble, ello no era óbice para que efectuara los pagos a quien designó como cuidador del mismo.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como punto de inconformidad, la existencia de la relación laboral entre las partes.

Para resolver lo anterior se tiene que en tratándose de la existencia de un contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: **i)** la actividad personal del trabajador; **ii)** la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y **iii)** el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.**

Teniendo en cuenta lo anterior y como bien lo indicó la juzgadora de primer grado en este asunto, no se demostró siquiera la prestación personal del servicio del demandante a favor del demandado para poder activar la presunción prevista en el artículo 24 del CST, normatividad según la cual, demostrada esta, se presume que está regida bajo los parámetros de una vinculación laboral.

Lo anterior por cuanto contrario a lo manifestado por el recurrente, las afirmaciones esgrimidas en interrogatorio de parte por el demandante, no logran subsanar las contradicciones en que incurrió esta misma parte durante el trámite procesal respecto a los extremos del vínculo laboral que alega, las que no permiten imprimir veracidad a su dicho, de igual manera conforme las previsiones del artículo 167 del CGP, le correspondía probar los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación invoca, siendo su deber en primer lugar, haber probado de manera fehaciente la prestación personal del servicio que alega, carga que no se suple con su propio dicho; no obstante las contradicciones que se verifican al afrontar lo señalado en escrito de demanda con lo dicho por el demandante en interrogatorio de parte y la declaración extraprocesal rendida por este allegada a folio 8 del plenario y en la que señala como bien lo puso de presente la decisión de primer grado que desde el año 2005, fecha en la que indica que inició su relación laboral en escrito de demanda, no volvió a saber de su presunto empleador, pues el contacto con este, se extinguió en dicha anualidad, aduciendo en diligencia de interrogatorio de parte, que tal distancia había tenido lugar en el año 2009 y que de igual manera prestó sus servicios para este hasta el año 2015, data hasta la cual recibió sus instrucciones para el cumplimiento de sus labores, dicho del cual se determina con claridad la incongruencia de las afirmaciones del actor, pues como bien lo indicó la juzgadora de instancia, cómo pudo haber recibido órdenes provenientes de alguien con quien había perdido todo contacto desde el año 2005 o 2009.

De tal manera, ninguna veracidad se puede extraer de los dichos del demandante en cuanto a la existencia de la relación laboral que depreca, máxime cuando no cumplió con su carga de probar una prestación del servicio a favor del demandada, pues contrario a lo que indica en su recurso,

ninguna de las testimoniales traídas por él al proceso dieron cuenta fidedigna de tal circunstancia, únicamente manifestaron al unísono que veían a diario al actor en el inmueble de propiedad del demandado, manifestación que no resulta suficiente para tener por demostrada la prestación del servicio del actor a favor del demandado, máxime cuando ninguno afirmó por conocimiento propio que el demandante ejecutara labor alguna para el demandado, ni que por ello recibiera contraprestación alguna.

De tal manera, no hay lugar a variar la decisión de primer grado, por cuanto se itera, al no quedar determinada la prestación del servicio del actor a favor del demandado, no es posible dar aplicación a la presunción prevista en el artículo 24 del CST, debiéndose **confirmar** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ABELARDO PAREDES MORENO VS CONSTRUCTORA JDE SAS RAD N° 10-2017-00010-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **ABELARDO PAREDES MORENO,** instauró demanda a través de apoderado en contra de **CONSTRUCTORA JDE SAS**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, siendo el demandante destinatario de la estabilidad laboral reforzada, por su estado de salud, siendo despedido el de manera ilegal el 15 de febrero de 2016, despido que carece de validez. En consecuencia, solicita el reintegro, pago de aportes, pago de perjuicios, intereses e indexación. En forma subsidiaria solicita indemnización por despido injusto, sanción moratoria del art 65 del CST, pensión de invalidez. (fls 47 a 53)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que el demandante laboró en las fechas indicadas en la demanda, en el oficio de la construcción con un salario de $900.000, que el 14 de agosto de 2014 sufrió un accidente de trabajo que no fue reportado, que desde esa fecha las citas medicas han sido varias y el estado de salud era conocido por el empleador, el contrato terminó el 1 de febrero de 2016, de manera unilateral y sin justa causa a pesar del estado de salud del actor. (fls 47 a 53).

La demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por ser infundadas. En cuanto a los hechos aceptó la existencia de dos contratos de trabajo, que en el segundo celebrado el salario fue el mínimo legal, que la demandada no conocía el estado de salud del demandante, que nunca presentó una incapacidad y que fue el quien manifestó su deseo de retirarse. Propuso las excepciones de falta de legitimación por activa, falta de nexo entre el presunto despido y la enfermedad que dice el actor padece, falta de pruebas, prescripción del primer contrato. (fls 88 a 109).

Tramitada la primera instancia, la Juez 10 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintinueve (29) de noviembre de 2019, por la que resolvió DECLARAR que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el último de los cuales terminó por renuncia. (fls 268 y Siguientes).

Para llegar a esa conclusión el Juez en síntesis señaló lo siguiente: *"…El marco normativo al que debemos acudir, son los artículos 23, 24, 64, 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, artículos 33, 38 y 39 de la ley 100 de 19993 y en consecuencia debemos recordar entonces que para resolver si existió este único contrato debemos acudir al artículo 23 del CST que establece como elementos esenciales para la existencia del contrato del trabajo: la prestación de la actividad personal del trabajador, en segundo término la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador y en tercer lugar, el pago de un salario retributivo; y el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que establece la presunción de que toda prestación personal del servicio, se presume regida por un contrato de trabajo. Asimismo, el artículo 53 de la Constitución Política que establece la primacía de la realidad sobre las formalidades.*

Tenemos en este caso que, la demandada aceptó la prestación del servicio personal para los periodos de febrero de 2014 hasta finales de enero de 2015 y entre el 07 de mayo de 2015 y el 01 de febrero de 2016. En segundo término, que señala que, entre el 03 de febrero de 2015 al 06 de mayo de 2015, no se acepta prestación personal del servicio, por cuanto indica que el demandante laboró con una empresa denominada Constructora Fares S.A.S. el día 18 de febrero de 2015.

Por lo tanto, tenemos que no hay discusión entre lo que es el vínculo o la prestación de servicio laboral del demandante a la aquí demandada constructora S.A.S. entre febrero de 2014 y finales de enero de 2015 y entre le 07 de mayo de 2015 y el 01 de febrero de 2016. Está en cuestionamiento si efectivamente hubo prestación de servicio del señor demandante entre el 03 de febrero de 2015 al 06 de mayo de 2015, por lo tanto, debemos acudir a las pruebas allegadas para determinar si efectivamente se dio dicha prestación de servicio y se declare en consecuencia si efectivamente existieron varios contratos o un único contrato desde el 09 de febrero de 2014.

Tenemos entonces que el despacho, ***acudiendo a las pruebas determina o en consecuencia considera, que en este proceso solo se encuentran demostrados la existencia de dos contratos de trabajo entre demandante y demandada: el primero entre el 9 de febrero de 2014 al 02 de febrero de 2015, devengando un salario de novecientos mil pesos (900.000) en el cargo de ayudante de construcción y el segundo contrato laboral entre el 07 de mayo de 2015 y el 01 de febrero de 2016, devengando el salario mínimo legal vigente como ayudante de construcción,*** *por las siguientes razones:*

Tenemos que en la primera audiencia, se impuso la sanción del artículo 77 del código procesal laboral y de la seguridad social al demandante, por su inasistencia a la audiencia de conciliación y se declararon probados los hechos de contestación de la demanda relacionados a que existieron dos contratos de trabajo en fechas diferentes, interrumpiéndose la continuidad, pues, en primer lugar, el demandante trabajó entre febrero de 2014 hasta finales de enero de 2015; el 07 de mayo de 2015 se suscribió un nuevo contrato individual de labor contratada, desempeñando el cargo de ayudante de construcción, el cual finalizó el 01 de febrero de 2016, el salario fue el salario mínimo legal vigente y que tenía un horario de ocho (8) horas, realizadas entre lunes a viernes de 7 a 12 del día y de 2 a 5 de la tarde con 1 hora de almuerzo. Que el demandante si ejecutaba la labor de manera personal y que el primero de febrero manifestó que se retiraba del trabajo, que el demandante no informó a la demandada su estado de salud, que se refiere en el hecho diez, cuando se niega por la parte demandante, que le pagó la liquidación del trabajo y que no se le adeudan pago de horas extras, que se le hizo entrega de cesantías y que nunca hubo reporte de enfermedad por el demandante, que las pruebas en consecuencia no desvirtúan los hechos que se dieron por probados, dado que esto es una presunción de carácter legal que permite prueba en contrario, pero de las pruebas allegadas no se permite desvirtuar la existencia de dos contratos, por el contrario, tenemos las afiliaciones a la Constructora Fares S.A.S. que dan un indicativo de que estaba vinculado con otra empresa diferente a Constructora S.A.S. en el periodo comprendido entre febrero de 2015 a mayo 6 del 2015. No se aportó prueba por la parte demandante, que pudiera desvirtuar las presunciones decretadas por el despacho.

Por el contrario, encontramos que obra certificación a folio 4 , en donde se certifica que el demandante laboró desde el 9 de febrero de 2014, devengando un salario de novecientos mil pesos (900.000) en el cargo de ayudante de la construcción con un contrato a término indefinido y se expidió al interesado el 6 de noviembre de 2014, no se tachó por la demandada y fue allegada por la parte demandante a folio 123, obra reporte de la ARL del 09 de febrero de 2014 por parte del empleador, en la cual se establece como fecha de afiliación del demandante el 9 de febrero de 2014 a folio 124 y 130, constancia de Compensar con fecha de radicación de afiliación del demandante el 9 de febrero de 2014. En segundo término tenemos, que obra folio 110 a 112 y anverso un contrato de trabajo por obra o labor contratada firmado entre demandante y demandado el 07 de mayo de 2015, para desempeñar el oficio de auxiliar de armadura metálica, trasiego de materiales como vigas metálicas, placas de cemento, camillas y tejas, el valor de la obra seiscientos dieciséis mil pesos mensuales que corresponden al salario mínimo legal de la época y se pagaron quincenalmente, la duración del

contrato era de acuerdo al avance y desarrollo de la obra realizada por el trabajador y de la labor contratada.

En tercer lugar, en folio 125, 129, obra certificado de aportes del demandante para los periodos años, así: febrero de 2014, enero de 2015; y de folio 215 a 220 certificación de pagos de aportes del demandante por la demandada, específicamente a folios 119 y 215, certificados de aportes que se establece el pago de pensión, salud por ***el mes de febrero de 2015, por solo dos días, que coincide con la nómina*** *a folio 214, que se pagaron solo dos días laborados y en el folio 217 se observa pago hasta febrero del 2015 y nuevamente se reporta ingreso por la demandada en el mes de mayo de 2015 con pago de 25 días cotizados a folio 222 coincidente con la nómina a folio 206, para el mes de mayo de 2015, que solo se cancelan 25 días laborados. En cuarto lugar, obra prueba de constancia de que el demandante laboró entre el 3 de febrero de 2015 al 6 de mayo de 2015 y no se acreditan ni testimoniales ni documentales, por el contrario, como ya lo indicó el despacho, existe una afiliación en 18 de febrero de 2015 a Constructora Fares S.A.S. empresa diferente a la aquí demandada. Queda un indicio de que se vinculó con otra entidad en dicho lapso.*

En quinto lugar, en folio 117 a 122, existe certificado de afiliación de trabajadores de la Sociedad JD con inicio de vigencia a febrero de mayo de 2015, de la afiliación con Colmena, en la cual está el demandante. En sexto lugar, en folio 118, carta de Compensar, con fecha de radicación 06 de mayo de 2015, certificado de aportes del demandante para los periodos y años así: desde mayo 2015 a enero de 2016. En séptimo lugar, en folio 113, carta de renuncia voluntaria firmada por el demandante ante la sociedad, fecha de 01 de febrero de 2016, en la que se indica que el motivo de retiro son motivos personales. En octavo lugar, a folio 114, existe autorización de examen médico y a folio 115 comunicación informando a la empresa que el demandante no se presentó a realizar el examen médico de retiro. En noveno lugar, tenemos que a folio 130 obra radicación de la afiliación a la caja de compensación familiar por compensar, en la cual le informan al usuario que se realizó autorización de la transacción y que en dicha inscripción se encuentra afiliado a los servicios de educación, recreación, turismo, fue radicada el 18 de febrero de 2015, estableciendo que ingreso a la Constructora Fares S.A.S.

A folio 131, obra certificado de Cámara de Comercio de la empresa Constructora Fares S.A.S. matriculada el 12 de noviembre de 2014. A folio 206 a 214, desprendibles de nómina del demandante de enero de 2014 a enero de 2015 y de mayo 31 de 2015 a enero de 2016; a folio 215, 225, certificado de pago de aporte y declaración en impuestos de renta para la época correspondiente. A folio 5 y 6, obra respuesta de la ARL, en la cual se indica que el demandante para el 9 de diciembre de 2016 se encuentra inactivo, pero que la última afiliación fue fecha de ingreso 10 de febrero de 2014 y la desvinculación el 2 de febrero de 2015, reportado por la empresa constructora JD S.A.S. indica que no obra reporte de accidente de trabajo ni enfermedad profesional. A folio 7 a 10, pagaré de incapacidad del centro fon clínico fechado el 24 de octubre de 2016 por enfermedad general por post operatoria recesión transuretral de próstata por 30 días e historia clínica del 24 de octubre de 2016. A folio 11 y 116, obra liquidación de contrato de trabajo con extremos entre el 6 de mayo de 2015 al 1 de febrero de 2016 por 266 días con salario mínimo legal y auxilio de transporte, en el cual se cancelaron vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de

servicio y está firmado por el demandante, en señal de recibimiento del dinero y, fue firmada el 2 de febrero de 2016, como da constancia dicho documento. Las nóminas sobrantes a folios 14 a 22, donde nos dan constancia de pagos, solamente en los periodos establecidos por el despacho, entre el primer contrato y el segundo contrato, esto es el celebrado entre el 2014 hasta finales de enero de 2015 y a partir del 7 de mayo de 2015 hasta el 1 de febrero de 2016.

Dentro del proceso se practicó ***interrogatorio de parte del demandante, donde este señaló haber tenido un solo contrato de trabajo con la demandada y se le indagó por la existencia de un contrato de trabajo firmado el 07 de mayo de 2015, fue renuente ante la exposición de dicho documento y finalmente se limitó a señalar que a "él le ponían muchos documentos para firmar, que él no recordaba ningún documento, que él no sabe por qué existe ese contrato del 7 de mayo de 2015".*** *Indicó que él sabía leer y entender las cosas que leía, asimismo, se practicó interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, que manifestó que el demandante solo tuvo dos contratos uno entre enero de 2014 a enero de 2015, luego se fue a trabajar con Constructora Fares y después volvió a pedir trabajo en mayo y se inició el contrato del 7 de mayo de 2015 a febrero de 2016. Se declaró precluida la oportunidad de excepcionar los testimonios de Francy Marlene Martínez, Carlos Alberto Pinto, Juan Sebastián Prieto, Alfonso Alfonso y Sandra Isabel Uzcátegui Carvajal en la audiencia del 21 de octubre de 2019, dado que no se hicieron presentes para absolver los correspondientes testimonios.*

*Tenemos entonces, que e****fectivamente las pruebas reseñadas no logran desvirtuar: primero, los hechos que fueron declarados presuntamente probados por el despacho por la inasistencia a la audiencia de conciliación por parte del señor demandante. De las pruebas se obtiene la ratificación de que existieron dos contratos, uno de enero de 2014 a febrero de 2015 y el otro de mayo de 2015 a febrero de 2016. También, este primer contrato terminó por carta de renuncia por el demandante, entonces, no es posible por el despacho acceder a declarar, que existió un único contrato entre demandante y demandada, como lo solicita la parte demandada entre febrero de 2014 y 15 de febrero de 2016****, dado que incluso, la fecha de terminación del contrato que se señala en la demanda, no puede tenerse como cierta, dado que existe una renuncia al contrato el 1 de febrero del año 2016, asimismo,* ***en consecuencia, se declarará por este despacho que efectivamente existieron dos contratos, uno celebrado el 1 de febrero de 2014 al 2 de febrero de 2015, devengando un salario de 900.000 en el cargo de ayudante de construcción y del 7 de mayo de 2015 al 1 de febrero de 2016 devengando un salario mínimo legal más auxilio de transporte.***

En relación con la solicitud que se eleva de que la terminación del último contrato de trabajo del demandante, se terminó por despido unilateral y sin justa causa del empleador, debemos recordar que de acuerdo con el parágrafo del artículo 7 del decreto 2351 de 1965 como de los artículos 62 y 63, se dispone que la parte que termina un contrato unilateralmente, debe manifestar a la otra en el momento de la extinción, la causa o motivo de esa determinación, posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. Ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia que la parte que termina el contrato debe dar a conocer a la otra, la causal que da origen a dicha decisión sin poder alegar después válidamente motivos distintos.

En el caso, ***tenemos pruebas que obran en el expediente, de que el demandante renunció al cargo voluntariamente, señalando asuntos personales, en carta que obra en folio 113, en donde se indica carta de renuncia voluntaria en formato de la sociedad, firmado el 1 de febrero de 2016. Por lo tanto, se declara que la terminación fue por renuncia del trabajador,*** *que si bien ha sentado la Corte Suprema de Justicia que en estos casos debe revisarse cuales fueron las condiciones de tiempo, modo y lugar para el efecto de manifestar esta renuncia, si se puede establecer si hubo algún tipo de presión o circunstancias que llevaran al trabajador a firmarla. Lo único que aquí se dijo por el demandante, "a él le presentaban muchos documentos para firma y que él nunca había renunciado". Tenemos que nadie puede derivar efectos probatorios de ese interrogatorio de parte y no se aporta ninguna prueba que permita determinar que se indujo al demandante para dicha carta de renuncia, tanto que, en la demanda se dice que la parte demandada le terminó unilateralmente, sin justa causa el contrato al señor demandante. Al recordar que cuando se habla de despido unilateral y sin justa causa le corresponde a la parte demandante el hecho de despido, hecho que no está demostrado en el proceso, se ha demostrado la renuncia el 1 de febrero de 2016 del demandante a la demandada Constructora JDE, y no se aporta pruebas que permitan desvirtuar que se hizo de manera forma y libre la renuncia, y por lo tanto se declarará que el contrato terminó por renuncia del trabajador y no por despido unilateral del empleador, dado que no se logra demostrar el hecho del despido de conformidad con las pruebas allegadas al expediente.*

Por otra parte, a la solicitud que se pide que existió un accidente de trabajo y que el señor demandante era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Tenemos, en primer lugar, en cuanto a la existencia del accidente de trabajo que se aduce sufrió el señor demandante el 24 de agosto de 2014, se tiene que, debemos acudir para ello a las únicas pruebas en el proceso, entonces encontramos la historia clínica del demandante. En la demanda se dice que el señor demandante ingresó en perfectas condiciones a trabajar para la aquí demandada, pero encontramos en la historia clínica lo siguiente: en primer lugar, se dice que sufrió un accidente de trabajo el 24 de agosto de 2014, en el interrogatorio de parte el demandante señaló que ese mismo día fue atendido, pero en la historia clínica que se allegó contradice eso, porque hay una historia clínica del 25 de agosto de 2014 y no existe una historia del 24 de agosto. ***En la historia clínica que obra en folio 46, con motivo de consulta: paciente asiste a consulta de urgencias por cuadro clínico de dos años de disuria, piuria y hematuria asociada, en este punto debe detenerse el despacho para señalar que disuria, conforme al diccionario señala que es el dolor en la evacuación de la orina; la piuria es cuando se suelta pus en la orina y la hematuria corresponde a la presencia de sangre en la orina.*** *Además, se dice en la historia clínica que refiere dolor en la región hipo básica, refiere fiebre, malestar general, niega otros síntomas, es decir, está claramente indicado que presenta estos síntomas desde hace dos años anteriores, lo que quiere decir, que dos años antes de ingresar a la empresa aquí demandada, el demandante ya padecía los problemas de disuria, piuria y hematuria y tenía problemas de próstata, es decir, ese ingreso que le aduce en perfecto estado de salud no era cierto.*

Segundo, a folios 43 a 45 de la historia clínica de 28 de agosto de 2014, en la cual se indica que el motivo de la consulta fue sangrado por el pene,

paciente con hematuria asociada a dolor abdominal de predominio blanco de leche y región lumbar derecha. En folio 42, la historia clínica del 21 de agosto de 2014, paciente quien presenta hematuria resuelta, y que fue valorado por el servicio de urología quienes refieren que ya está controlada, se puede dar egreso con recomendación médica, signos de alarma y cita de control con urólogo, diagnóstico hematuria recurrente, persistente no especificada. A folio 41, historia clínica del 1 de septiembre de 2014 por enfermedad general, se encontró con enfermedad actual, hematuria macroscópica, epiduritis derecha en tratamiento, antecedentes de dos e.t.s. en la juventud, unicultivo de coli multisensibles, buen estado general, diagnostico retención de urina, antecedentes de hiperplasia prostática benigna, quien consulta por cuadro de hematuria y obstrucción biliar con globo vesical por lo cual se ordena colocación de sonda vesical, paciente refiere mucho dolor en el pene, por hematuria y antecedentes se decide dejar en observación por valoración por urología. A folio 42 en la primera parte de la página, asimismo, en folio 40 obra historia clínica del 22 de septiembre de 2014, por enfermedad general, es un control que se realiza al demandante en donde se indica con enfermedad actual sub-severo descompensado hace dos semanas, epiduritis derecha en tratamiento, posterior retiro de sonda, buen patrón, niega orquialgia, diagnóstico hiperplasia de la próstata. A folio 39, historia clínica del 30 de septiembre de 2014, por enfermedad general, se anotó en la causa de la consulta: estoy sangrando por la nariz y al orinar, el paciente refiere que ingresa por presentar hematuria recurrente hace dos meses de evolución sin alteraciones de estado de conciencia ni convulsiones, con dolor lumbar, con fiebre, paciente quien se valora el 23 de septiembre de 2014, se toman paraclínicos con análisis patológicos. Se da de alta con cefradina con poca mejora de los síntomas y epistaxis izquierda que remite espontáneamente, diagnostico: hiperplasia de próstata. En esta historia clínica, que incluso es del 30 de septiembre de 2014, se habla que esta presentando esta hematuria que recordemos, es el sangrado de la orina, se viene presentado hace dos meses, y aduce el demandante en la demanda que a raíz del accidente de trabajo había presentado sangrado de orina, el 24 de agosto de 2014. Si tomamos la historia clínica dos meses atrás, estamos hablando del mes de julio, no podríamos estar entonces diciendo que fue el 24 de agosto que se presenta esta situación, si no que nos ubica mucho más atrás de la data que indica el demandante como fecha.

En cuanto si hubo accidente de trabajo, en folio 38 obra historia clínica del 14 de octubre de 2014 por enfermedad general, diagnóstico hiperplasia de la próstata, se indica paciente controlado por el doctor Reyes, pendiente realización de cistopatía por hematuria y protactinio reprogramado y no asistió. A folio 36, historia clínica del 17 de enero de 2015, por enfermedad general, con enfermedad actual síndrome urinario obstructivo bajo, retención urinaria resuelta, asiste con reporte de cistoscopia, diagnostico hiperplasia de la próstata, el paciente ingresa por presentar hematuria y epistaxis. A folio 36 de historia clínica del 26 de febrero de 2015, por enfermedad general, con enfermedad actual: síndrome urinario obstructivo bajo, retención urinaria resuelta, diagnostico hiperplasia de la próstata. A folio 34 y 35, historia clínica del policlínico Olaya, fechado el 1 de agosto de 2015 a las 10:36, consulta externa por enfermedad general, para valoración, enfermedad actual: próstata grado 2, tribología obstructiva, trabeculos grado 4 con elevado residuo, manejo de tamsulosina 4miligramos al día, ciprofloxacina 500 mg cada 12 horas por 45 días, acude con hiperplasia de próstata. A folio 32 a 33, historia clínica del 3 de diciembre de 2015, hiperplasia de próstata, se realizó biopsia. A folio 31, obra la transcripción de la incapacidad del 3 de diciembre

de 2015 al 5 de diciembre de 2015, por tres días por enfermedad general, diagnóstico, hiperplasia de próstata, registra como aportante a la empresa Constructora JD. A folio 30, obra incapacidad para el 3 de diciembre de 2015 al 4 de diciembre de 2015, enfermedad general diagnóstico N40, hiperplasia de próstata. Folio 28 a 29, historia clínica del 4 de febrero de 2016 en el cual se encuentra una atención por urgencias por enfermedad general, no puede orinar, refiere cuadro clínico de 15 días dificultad para miccionar. Se indican antecedentes patológicos, hiperplasia de próstata, se le explica al paciente la necesidad de catéter vesical, el paciente refiere que no desea que se le practique este procedimiento y solicita pensarlo.

A folio 24 y 27, obra recomendación para solicitar valoración por medicina laboral el 24 de julio de 2016, posterior a la terminación del contrato, 01 de febrero de 2016. A folio 23 y 26, obra recomendación médica por cuadro clínico de enfermedad general, lumbago por escoliosis, anterolistesis de L4 y L5, discopatía lumbar y artrosis múltiples con imbalance muscular, se recomienda, por un periodo de seis meses a partir de la fecha o cambio de ordenes de medicina laboral, evitar actividades de carga de peso y esfuerzo de la columna superior a 10 kg, pausas activas cada 2 horas, uso de corset, evitar posturas forzadas y otras. Dada el 24 de julio de 2016, con posterioridad a la fecha de retiro el 1 de febrero de 2016. A folio 226 a 231 y 240 a 243, acta de constitución de Comité Paritario de Seguridad y Salud, fechado el 20 de agosto de 2013. A folio 231 reglamento de ingenio y seguridad social de la aquí demandada. De las anteriores pruebas, no se encuentra demostrado por la parte actora, en primer lugar, el reporte del accidente de trabajo por parte del empleador y tampoco hay prueba de ARL, quien emitió certificación de que no tenia reportes de accidentes de trabajo, no se encuentra respaldo en cuanto a que el demandante se fue a urgencias el día 24 y que allí lo atendieron, porque la historia clínica no da cuenta de esto. El demandante manifestó que tuvo un accidente de trabajo, pero lo único que tenemos es que el representante legal señaló en su declaración que el señor demandante le había indicado que había sufrido un golpe y que le estaba doliendo, pero no obra dentro del proceso, nada mas que permita establecer si existió el accidente de trabajo, no hay circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo en este proceso. Tenemos que se aduce que el estado de salud del demandante es a causa de ese accidente de trabajo, pero no existe prueba que nos indique que la situación presentada por el señor demandante, (sangrado en la orina, información que da la historia clínica), tenga que ver con un accidente de trabajo. Ni siquiera en la historia clínica del 25 de agosto de 2014, se dice que el demandante le haya informado al médico tratante, que el sufrió un golpe, en ninguna de las historias se relata que haya sufrido un golpe. Por el contrario de la historia clínica se deduce que antes del 24 de agosto venía presentando los problemas de hematuria y disuria. Asimismo, establece de la historia clínica que el diagnóstico por el cual ha sido tratado el demandante ha sido por hiperplasia prostática, que normalmente se presenta con el paso del tiempo en los hombres cuando están en una edad alrededor de los cincuenta o superiores. No hay prueba médica que nos pueda establecer que los problemas médicos del demandante devienen de su trabajo o del aducido accidente, no se logra demostrar un accidente el 24 de agosto de 2014, como ya lo dijo el despacho, no se puede derivar beneficios probatorios del interrogatorio de parte, donde él dice que sufrió un accidente "que un compañero llevaba unas varillas, y luego las dejó caer" y que después de ello comenzó a experimentar sangrado en su orina. Porque la historia clínica relata hechos totalmente diferentes. Tenemos que dentro de este proceso no

se encuentra demostrado, es más, el demandante indicó que le habían dicho que estaba herniado, lo cual no figura en la historia clínica, no obra dentro del expediente que la parte demandada Constructora JD, ningún tipo de recomendaciones médicas, las cuales surgen en julio de 2016, cuando ya está terminada la relación laboral, se declarará que no se pudo establecer el accidente de trabajo.

En cuanto al reintegro laboral por encontrarse protegido por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma que establece que en ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una relación laboral a menos que dicha discapacidad sea demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Asimismo, ninguna persona en discapacidad no puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad salvo autorización por la oficina del trabajo. En caso contrario, tendrá derecho a una indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren. Para hacer este análisis debemos acudir a lo que indico la Corte Constitucional en sentencia C 531 de 2000, en donde manifestó que dicha garantía se otorga al discapacitado, luego de haber adquirido la limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral. Para efectos de establecer también si efectivamente se presenta esta situación, la Corte en sentencia T-894 de 2011, concluyó que la idea de limitación expresa un panorama genérico al que pertenecen todos los sujetos que han sufrido mengua por circunstancias personales, económicas, físicas, psicológicas, psíquicas, sensoriales y sociales, mientras que la discapacidad se define como una especie dentro del género e implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limita las normales facultades del individuo y también ha de recurrir a los precedentes jurisprudenciales de la corte suprema de justicia en sala de casación laboral, en Radicado L10538 de 2016, Radicación 42421 de 21 de junio de 2016, en donde se rememoró sentencias del 28 de agosto de 2012 Radicado 39207, en donde se fijo el alcance de la protección del articulo 26 de la Ley 361 de 1997, se precisó: "para que un trabajador acceda a la indemnización del articulo 26 de la Ley 361 de 1997 se requiere, primero que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: A. Con una limitación moderada, que corresponde a la perdida de capacidad entre el 15% y el 25%; B. Con una limitación severa, mayor al 25% e inferior al 50%; C. Con una limitación profunda, superior al 50%. Segundo, que el empleador conozca dicho estado de salud y tercero, que termine la relación laboral por razón de su limitación física sin previa autorización del Ministerio de Protección Social y señaló que si bien para acceder a determinadas prestaciones sociales del sistema general de seguridad social en pensiones y riesgos laborales, se requiere el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, también lo es, que no es dable desconocer que en otros eventos en los que hay protección reforzada a la estabilidad laboral del trabajador como la estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, existe libertad probatoria para acreditar la condición generadora de protección, de los criterios anteriores se extraen: primero, tanto el carnet del que trata el artículo 5 de la Ley 361 como el dictamen pericial de las Juntas de Calificación de Invalidez, son algunos de los medios de prueba no solemnes con los que se puede acreditar el grado de limitación física, psíquica y sensorial. Segundo, habrá casos según la patología en los que el juez sólo podrá verificar tales supuestos de hecho en los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez. Tercero, en otros eventos se tiene

libertad probatoria. Asimismo, en jurisprudencia del año 2018 radicado SL1360 de 2018 Radicación 53394, se señaló: prohibición de despido motivado en la discapacidad del trabajador, siendo claro que la protección legal otorgada a los trabajadores con deficiencias físicas, sensoriales o mentales opera al inicio, durante y la extinción de la relación del trabajo, en este acápite se analizará el alcance de esta protección al momento de la finalización del contrato de trabajo sobre el particular, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se hace la relación del artículo correspondiente por la honorable Corte, en la que señala que dicha norma protege a los trabajadores con discapacidad, se proyectan las relaciones laborales en diferentes fases, tiene como objetivo promover la inclusión y participación de estos y a la postre evitar que los ámbitos laborales sean espacios de segregación, exclusión y distinción, en esta dirección la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de extinción del vinculo laboral, tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase aquellos que tienen como propósito o efectos su exclusión del empleo, fundado en su deficiencia física, sensorial o mental, esto en oposición significa, que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en el orden de dar por concluida la relación de trabajo. Lo que atrás se afirma, deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues claramente en este precepto no se prohíbe el despide del trabajador en estado de incapacidad, lo que se sanciona es que tal acto, este precedido de un criterio discriminatorio, nótese que allí se dispone que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por su condición, lo que quiere decir que si el motivo no es su estado psicológico o físico el resguardo no opera. Lo anterior, significa que la invocación de una justa causa legal excluye que la ruptura del vínculo laboral este basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador, aquí en el criterio de la sala no es necesario acudir al inspector del trabajo, pues se repite: quien alega una justa causa de despido se soporta en una razón objetiva, por tanto, puede ser controvertida por el trabajador a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación lo que implica que el empresario tendrá la obligación de acreditar la justa causa de lo contrario el despido se reputará ineficaz, sentencia C 531 de 200, y en consecuencia procederá al reintegro del trabajador junto con el pago de salarios y prestaciones dejado de percibir más la sanción de 180 días de salario consagrado en la Ley 361 de 1997. Mas adelante, indicó la Corte, el trabajador puede demandar ante la justicia laboral su despido, caso en el cual, el empleador en virtud de la presunción que pesa sobre él. Tendrá que desvirtuar que la recisión del contrato obedece a un motivo protervo, esto de paso frustra los intentos reprochables de fabricar ficticia justas causas para prescindir de los servicios de un trabajador con deficiencia física, mental o sensorial. La labor del inspector del trabajo se reserva a la constatación de la facilidad de que el trabajador pueda laborar, el incumplimiento de esta obligación por el empleador, al margen de que haya indemnizado al trabajador, acarrea la ineficacia del despido tal y como lo afirmo la sala en sentencia SL6850 de 2016.

Tanto de las normas como de los precedentes jurisprudenciales, la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no busca la protección de cualquier limitación sino de la discapacidad, y como se ha dicho, no es necesario un dictamen pericial, si no que puede probarse por diferentes hechos, de estas normas tenemos entonces que para que se de la protección, debe demostrarse que el trabajador se encontraba limitado con una discapacidad moderada (15%.25%) sin que se dé la existencia de ese

dictamen sino que se puede allegar otros medios probatorios. Que el contrato haya sido terminado por el empleador y como motivo de su discapacidad física o mental, y que haya sido sin permiso del Ministerio de Trabajo. Tenemos entonces que de las pruebas allegadas: en primer lugar, como se ha indicado de la historia clínica del demandante si bien es cierto que padecía disuria, hematuria y una hiperplasia prostática, de la misma no se encuentra demostrada que estuviera limitada o existiera una discapacidad en el demandante, dado que en el momento de la terminación del contrato, el demandante estaba realizando las labores normalmente y no tenia una incapacidad para el momento, la historia clínica tampoco nos da una incapacidad o nos demuestra que estuviera en constantes incapacidades o tuviera una incapacidad vigente al 1 de febrero de 2016. En consecuencia, estaba realizando sus labores normalmente, lo cual lo indicó la representante legal de la demandada, pues tampoco puede derivar efetos de su propio dicho y lo muestra la historia clínica del señor demandante, que para el 1 de febrero de 2016, primero, no se encontraba afectado y no existen recomendaciones médicas que se hayan dado al señor demandante y que hayan sido comunicadas a la parte demandada en este caso, por tanto, en primer lugar no está demostrada esta discapacidad.

También tenemos que uno de los requisitos es que se haya presentado una terminación del contrato por parte del empleador, en este caso no se da dicha situación, fue el demandante quien mediante una carta renuncia por motivos personales y no se logra demostrar dentro de su proceso una situación diferente o que haya sido presionado para firmar la misma, no es entendible que diga que a él le ponían muchos documentos para firmar y él los firmaba, porque él mismo aceptó que sabía leer y entender, entonces no es dable que alguien esgrima en su favor su propia falta de cuidado. No existe calificación, pero como ya se indicó no se requiere, hay libertad probatoria en estos aspectos, pero no se allegó ninguna prueba que nos permita establecer que efectivamente existía una discapacidad y un impedimento, tampoco hay despido del empleador. Fue el trabajador mismo quien dio por terminado su contrato, no hay prueba de que la empresa conociera de su estado de salud en relación con la disuria, hematuria e hiperplasia prostática, que también debe indicar el despacho, que el demandante señaló que él no tenía ningún estado de enfermedad, que él estaba en perfecto estado cuando entró a trabajar y que fue con un accidente de trabajo, pero no demostró accidente de trabajo, y lo que si está demostrado es que incluso antes de entrar a trabajar ya presentaba problemas de disuria, hematuria y la hiperplasia prostática.

Ahora, tenemos entonces que ***por ende no tenía por qué la demandada acudir al Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, para que se produjera una autorización. Teniendo en cuenta que lo que hubo fue una renuncia del mismo demandante, no está demostrado una discapacidad, ni que se haya terminado el trabajo con la ocasión de una discapacidad del demandante, razones por las cuales se absolverá el reintegro y todas las pretensiones derivadas del reintegro e ineficacia solicitada por el supuesto despido que no se logró demostrar dentro del proceso.***

Ahora, con relación al pago de las sumas de gastos y costos en las que incurrió el demandante para la atención a la seguridad social de él y su grupo familiar, desde el 15 de febrero de 2016 hasta su reintegro, por consecuencia lógica al no existir un reintegro no hay lugar a una responsabilidad u

obligación de la parte demandada de entrar a cubrir gastos de su grupo familiar que adicionalmente, no se allegan o se demuestran dentro del proceso, a partir del 15 de febrero, que tampoco se demostró que esta hubiese sido la fecha de terminación del contrato sino que fue el 1 de febrero de 2016. Por tanto, se absolverá esta pretensión también.

Con relación a la pretensión de pago de una indemnización integral de perjuicios con ocasión al despido ilegal del demandante, tenemos que por sustracción de materia al no haber existido un despido sin justa causa no hay lugar a que haya una indemnización integral de perjuicios por causa del despido y se absolverá de la misma. El pago de intereses corrientes, mora e indexación no hay lugar, dado que no se ha emitido condena en favor del demandante y se absolverá de estas pretensiones. En cuanto a las subsidiarias de indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria del artículo 65, tenemos que, aquí son válidas las consideraciones frente a las pretensiones principales, en cuanto a que no hubo un despido sin justa causa, sino una renuncia al 1 de febrero de 2016, el contrato terminó por renuncia del trabajador, por tanto, no hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa como pretensión subsidiaria y se absolverá de la misma.

En relación con la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art 29 de la Ley 789 de 2002, tenemos que esta norma establece que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización una suma equivalente al último día de salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, hasta que el pago se verifique si el periodo es menor, si transcurridos los 24 meses contados a partir de la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, o si presentada la demandada no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador, intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación, certificados por la superintendencia bancaria a partir del mes 25 hasta cuando el pago se verifique, dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios o prestaciones en dinero, por el no pago de prestaciones adeudadas a la finalización del contrato. Tenemos entonces, que se aduce que no se pagaron las prestaciones al demandante, tenemos que, obra en el expediente que, a la terminación del contrato a 1 de febrero de 2016, efectivamente se realizó el pago de una liquidación que obra copias al folio 11 y 116, en donde se liquida el contrato del 6 de mayo de 2015 al 1 de febrero de 2016 por 266 días con salario de seiscientos cuarenta y nueve mil seiscientos siete pesos (649,607), más auxilio de transporte de setenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y un pesos (74.431), en donde se le pagaron vacaciones por la suma de doscientos treinta y nueve mil novecientos noventa y cuatro pesos (239.994), cesantías por quinientos treinta y cuatro mil novecientos ochenta y cuatro pesos (534.984), intereses a las cesantías por cuarenta y siete mil cuatrocientos treinta y cinco pesos (47.435), prima de servicios por quinientos treinta y cuatro mil novecientos ochenta y cuatro pesos (534.984), para un total de un millón trecientos cincuenta y siete mil trecientos noventa y seis pesos (1.357.396), que fue firmado por el demandante en señal de recibimiento del dinero y señala allí que se firma el día 2 de febrero de 2016. Asimismo, e el interrogatorio de parte, el señor demandante aceptó que había recibido dicho valor. Entonces tenemos que efectivamente al demandante se le realizó el

pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato, oportunamente, no es admisible la afirmación del demandante que él firmaba muchos documentos y no sabía que firmaba, nuevamente, cuando se le preguntó en su interrogatorio sobre documentales siempre señaló que firmaba muchos documentos, pero, tenemos que finalmente está firmada la liquidación y que el demandante declaró en interrogatorio de parte que había recibido ese dinero y a eso sumémosle que dentro de los hechos que se dieron presuntamente probados por su inasistencia, también se dio por probado el hecho de que no se le adeudaban ni salario ni prestaciones sociales al demandante. Entonces, tenemos que efectivamente no se logra demostrar que haya existido mora o no pago por parte de la demandada al demandante en cuanto a valores correspondientes a prestaciones sociales, salarios y, por lo tanto, no hay reconocimiento al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y se absolverá.

En cuanto a la petición de pensión de vejez o de invalidez por el estado de salud del demandante, debemos señalar que dentro del proceso está acreditado que la demandada tuvo afiliado al demandante a las EPS, fondos de pensión y asimismo, a las ARL, que en el caso de presentarse el riesgo de vejez, está a cargo de la administradora de fondos de pensiones con la cual se encuentra afiliado el demandante y no corresponde a la empresa reconocer una pensión de vejez, dado que con la afiliación se subroga la obligación pensional en cabeza de la administradora de pensiones correspondiente, y se absolverá esta.

En cuanto a la pensión de invalidez, debemos indicar que dentro de este proceso no se encuentra demostrada la condición de inválido del demandante de conformidad a lo establecido en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a tener una incapacidad superior al 50% y en gracia de discusión, en este proceso se encuentra demostrado que el demandante fue afiliado a la ARL, que no fue demandada dentro del proceso y quien se subroga en la obligación de reconocimiento de pensiones de invalidez en caso de existir el derecho, en consecuencia se absolverá de la pretensión de pensión de invalidez por las razones expuestas.

Por lo tanto, el despacho absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias incoadas en su contra, por las razones expuestas, y declarará probada la excepción de no existencia de nexo causal entre el supuesto despido argumentado por el demandante y la enfermedad que dice padecer, dado que el accionante renunció y se condena en costas a la parte demandante y deben ser tasadas por secretaria."

La sentencia no fue apelada por lo que se conoce en grado jurisdiccional de CONSULTA.

CONSIDERACIONES

Lo primero que debe estudiar el despacho en grado jurisdiccional de consulta, es si en verdad existió un contrato de trabajo entre las partes

desde el día 5 de febrero de 2014 y hasta e 15 de febrero de 2016. Luego de ello se establecerá la forma de terminación del mismo, pues resulta básico para las pretensiones.

Y ese es el primer punto, porque mientras así es alegado por la parte demandante, la demandada sostiene de manera enfática que no fue un solo contrato sino dos, afirmación que encontró acreditada la Juez y que desde ya la Sala advierte acertada. Veamos las razones.

Las pruebas juiciosamente analizadas por la Juez indican que en verdad entre las partes existieron dos contratos de trabajo; estas, no solo documentales, sino de confesión, dada la inasistencia del demandante, a la audiencia de conciliación, así como lo expuesto por él en interrogatorio de parte.

Como prueba documental encuentra la Sala la certificación visible a folio 4 del expediente que da cuenta de la existencia de un contrato a término indefinido entre las partes desde el 9 de febrero de 2014, fecha de inició que coincide con la que la parte actora señala en la demanda, hecho aceptado por la demandada también en la contestación de la demanda, como ingreso en una primera relación laboral.

Este contrato finalizó el 2 de febrero de 2015, lo que se acreditó no solo con el pago de nómina de dos días de este mes, sino con la afiliación en este periodo a una Caja de Compensación familiar, por cuenta de otra empresa; esto es, CONSTRUCTORA FARES SAS. (Ver fl 130).

Si bien es cierto podría pensarse en contratos simultáneos, lo cierto es que no hay prueba de la prestación de servicios a la demandada desde febrero de 2015 y hasta mayo del mismo mes y año, cuando el demandante suscribe un contrato totalmente diferente al anterior.

Efectivamente a folios 110 al 112 aparece un contrato individual de trabajo por la labor contratada, para el cargo de ayudante de construcción, con fecha de iniciación 7 de mayo de 2015. (fl 110), contrato que terminó el 1 de febrero de 2016, según consta en la documental visible a folio 113, en la que un

formato elaborado por la empresa el trabajador renuncia por motivos personales.

El anterior documento, contiene la firma y huella del trabajador, luego y aunque vale precisar la renuncia debe se un acto que solo puede nacer de la voluntad del trabajador, con esta firma con esta aceptación de lo allí plasmado, el trabajador expresó su voluntad, bien pudo si ese no era su deseo, no firmarla y también plantear si es que existió una presión para el retiro. Pero por el contrario la parte actora manifestó que su contrato terminó en forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador y al ser indagado en interrogatorio de parte por los documentos; se mostró evasivo como señaló la Juez limitándose a decir que lo ponían a firmar muchos documentos, lo que no puede aceptarse para una persona que puede leer y entender lo que le presentan y menos puede aceptarse cuando esto nunca se expuso como un hecho de la demanda.

Así las cosas, resulta acertada la decisión de la Juez al declarar la existencia de dos contratos de trabajo siendo el último de ellos finalizad a instancia del trabajador por renuncia pura y simple.

Ahora con esta declaración es suficiente para que las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda estén llamadas al fracaso, pues se sustentaban todas, tanto principales como subsidiarias, en un despido por parte del empleador, cuando este no existió, no fue acreditado por quien tenía esa carga probatoria que el trabajador.

Ahora bien si en gracia de discusión aceptáramos que existió un despido se debía entonces verificarse si el demandante era un sujeto de especial protección de acuerdo con lo consagrado en la ley 361 de 1997, lo que analizó también juiciosamente la Juez, con base en las prueba documental, historia clínica y demás aportadas; encontrando que al momento de la terminación del contrato no existía ni incapacidad, ni calificación de pérdida de capacidad laboral, ni estado de salud alguna que diera lugar a presumir un despido discriminatorio.

Lo anterior se corrobora con la documental se reitera, contentiva de la historia clínica que aparece en el expediente y que da cuenta de una

enfermedad general, por la que consultó el actor el 25 de agosto de 2014, lo que deja sin piso el supuesto accidente de trabajo que dice haber sufrido un día antes y del cual no hay tampoco prueba, así como tampoco existe del conocimiento del empleador de esta circunstancia.

No sobra agregar que **el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que "En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.** Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo..."

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona,** a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, **lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.**

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: "(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga**

conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

En reciente sentencia SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAS; la C SJ insiste en que exigir la calificación de la perdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad, al tiempo afirma. "que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido". Incluso agrega la corte que para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, no basta una historia clínica, sino que es necesario establecer la limitación para laborar y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico, conde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

Nada de eso sucedió en este caso ni calificación ni mucho menos de la historia clínica podría inferirse un estado de salud derivado de un presunto accidente de trabajo que tampoco se dio; luego así aceptásemos en gracia de discusión que hubo un despido e incluso un solo contrato, esta pretensión de ineficacia del despido y reintegro, así como sus consecuencias económicas estarían llamadas al fracaso.

En cuanto a las subsidiarias e indemnizaciones moratorias acertada resulta también la decisión de la Juez, pues no hubo despido, los pagos fueron acreditados, luego ninguna de ellas tiene fundamento factico ni jurídico, menos aún la de pensión de invalidez, la que no puede solicitarse al empleador cuando se ha subrogado el riesgo, como analizó la Juez y de la que tampoco existe soporte pues no existe calificación para tener al actor como invalido.

Por lo expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, ya que arribó a idéntica conclusión.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E SU E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO.-Sin **COSTAS** en este grado de jurisdicción.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados

MARLENY RUEDA OLARTE

}

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 09-2018-584-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ORLANDO BELTRÁN SÁNCHEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación presentados por las apoderadas de las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de diciembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor ORLANDO BELTRÁN SÁNCHEZ por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, en alcance,

a lo acordado en audiencia especial de conciliación celebrada el día 29 de octubre de 1991; que la prestación reclamada lo sea a partir del 13 de marzo de 2018, data para la cumplió 60 años de edad, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año; actualizando el último salario promedio mensual teniendo en cuenta la variación del IPC certificado por el DANE, indexación de las mesadas del retroactivo pensional y costas del proceso. (fls.18 a 19)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que, estuvo vinculado a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 10 de enero de 1976 y el 31 de octubre de 1991, hasta cuando en audiencia de conciliación, por mutuo acuerdo, se terminó el contrato de trabajo en la Inspección 7 de trabajo de Bogotá; que prestó sus servicios por el término de 15 años y 9 meses, que el último cargo desempeñado fue el de promotor subsidio familiar, Grado 3 en Bogotá; que para la liquidación del contrato fue tomada la suma de $246.362; que para el día 13 de marzo de 2018 cumplió 60 años de edad; que elevó reclamación ante la UGPP el día 23 de marzo de 2018, pero que la pensión proporcional le fue negada en los términos de la Resolución RDP031005 del 27 de julio de 2018. (fl.17)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 4, 5, 8 y 10 relacionados con el tiempo de servicios prestados a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el cargo desempeñado por éste, la edad y la respuesta dada al interesado; manifestó no constarle los enumerados 1 al 3 6 a 7; y negó la fecha en que se indica se hizo la reclamación. Como excepciones de mérito formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió condenar a la UGPP al reconocimiento y pago a favor del demandante, de la pensión restringida de jubilación a partir del día 13 de marzo de 2018 en cuantía inicial del SMLMV para ese año, por 13 mensualidades anuales, ordenando que la suma debe ser indexada a partir del 1 de enero de 2019 en la misma proporción del SMLMV; así mismo, ordenó el pago del retroactivo pensional en cuantía de $18.916.466 por las mesadas causadas desde el 13 de marzo de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019, e impuso costas a cargo de la demandada en proporción de 2 SMLMV.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando, en síntesis, lo siguiente:

> Que se encuentra acreditado el requisito previo de la reclamación administrativa y que entre el demandante y la Caja de Crédito Agrario existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 10 de enero de 1976 y finalizó por mutuo consentimiento el 1 de noviembre de 1991, que devengó como último salario la suma de $118.836 en el cargo de promotor subsidio familiar Grado 3; que es aplicable el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 tanto para los trabajadores oficiales como particulares, la pensión restringida de jubilación, precisando así la Corte en sentencia SL3508 de 2019 y citando el artículo consagró lo siguiente (…) (cita el artículo 8 de la ley 171 de 1961), que con el acta de conciliación vista a folios 6 a 8 se estableció que el contrato de trabajo finalizó por mutuo acuerdo de manera voluntaria, que conforme el certificado expedido por el Ministerio de Agricultura, visto a folio 5, se estableció que el demandante laboró para la Caja Agraria por un término de 15 años, 9 meses y 20 días, causándose el derecho a obtener la pensión restringida de jubilación quedando condicionada la exigibilidad al cumplimiento de la edad, que con la copia de la cédula de ciudadanía vista a folio 4 se acreditó que el actor cumplió 60 años de edad el 13 de marzo de 2018, en consecuencia procede el pago de la prestación solicitada; que para determinar el IBL se deben tener en cuenta los conceptos regulados por la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, de conformidad con el certificado emitido por el Ministerio de Agricultura, se tomará en cuenta el salario básico por valor de $101.211 y la prima de antigüedad que por tratarse de lustros y reconocerse una vez al año, se debe tomar la sextava parte de dicha suma; así mismo, la norma establece que se aplicará una tasa de reemplazo del 75% en caso de haber laborado 20 años, que por el tiempo laborado por el actor corresponde aplicar una tasa de reemplazo del 59,3%; que efectuados los cálculos conforme la tabla 1 que hará parte de esta decisión se actualizó el salario a marzo de 2018 y se le aplicó la tasa de reemplazo del 59,3%, lo que arroja el valor de una primera mesada por valor de $468.315 suma que resulta

inferior al SMLMV que ascendía a $781.242, que como ninguna pensión puede ser inferior a este valor se concederá en cuantía inicial del valor mencionado, y en 13 mesadas anuales, suma que deberá ser actualizada anualmente a partir del 1 de enero de 2019 en la misma proporción del SMLMV para cada año; que finalmente respecto de la legitimación en la causa por pasiva, es la UGPP la llamada al reconocimiento de la pensión que aquí se solicita y así se determinó en sentencia SL3782 de 2018; que como quiera que, la demandada formuló la excepción de prescripción, los derechos pensionales son imprescriptibles más no las mesadas reclamadas en término, las cuales si son afectadas conforme los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., contabilizado a partir que el derecho se hizo exigible, que en el caso bajo estudio la exigibilidad estaba condicionada en el cumplimiento de los 60 años de edad lo que ocurrió el 13 de marzo de 2018, que la demanda fue interpuesta el 24 de septiembre del mismo año, por lo tanto la totalidad de las mesadas retroactivas se encuentran vigentes, que realizadas las operaciones conforme la tabla dos, se condenará a la demandada a pagar $18.916.466 por concepto de mesadas pensionales retroactivas desde el 13 de marzo de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019, suma que deberá ser incrementada conforme el SMLMV y como quedó explicado, declara no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y buen fe, y condenó en costas en proporción de dos SMLMV.

APELACION

DEMANDANTE

Solicita se revoque parcialmente la sentencia, en lo correspondiente al valor de la mesada pensional y el número de mesadas reconocidas, ya que el juzgado al momento de realizar la liquidación de la mesada pensional tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985, desconociendo en su integridad la Ley 171 de 1961, fundamentado en el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en el artículo 21 del C.S.T., que impone que la aplicación de una regla de derecho se haga de manera íntegra, que por ello, pretender que, para el reconocimiento de la pensión restringida se acuda a la Ley 171 de 1961 y con base en ello se falle, pero que, para efectos de la liquidación se de aplicación a una norma diferente que en este caso sería la Ley 33 de 1985 y sus modificatorias; que para el reconocimiento de 13 mesadas solicita al Tribunal se sirva reconocer el número de 14 “semanas”, toda vez que para el momento en que se causó el derecho del demandante en noviembre de 1991, no había entrado en vigencia el Acto Legislativo 01de 2005, solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo que refiere a la liquidación de la mesada pensional, es decir, que se tenga en cuenta los factores salariales del último año de servicios, lo cual arrojaría una mesada pensional para el momento del retiro en el año 1991 de $246.362, la cual se debería actualizar al

momento del reconocimiento, esto es, 13 de marzo de 2018, y que el reconocimiento se haga en 14 mesadas pensionales.

DEMANDADA

Solicita se revoque la sentencia, al insistir que el demandante no cumple con los requisitos legales para acceder a la prestación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 que tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, fecha a partir de la cual empezó a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, disposición que no contempla las pensiones por retiro voluntario, en consecuencia, el demandante a 1 de abril de 1994 no cumplía con las condiciones para ser beneficiario de la pensión restringida de jubilación.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S.S, en consonancia con los puntos de inconformidad a saber, por la parte demandante: **i)** el valor de la mesada pensional inicial, teniendo en cuenta las normas que deben ser aplicadas para calcular la misma, conforme lo devengado en el último año de servicios y, que el reconocimiento lo sea en 14 mesadas y no en 13 como quedó. Por la parte demandada: **i)** Determinar si el demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión restringida de jubilación conforme lo prevé la Ley 171 de 1961 y el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, frente al recurso de la parte demandante se tiene que, la inconformidad sobre la cuantía en que se determinó la mesada inicial a pagar, se centra en que, para la misma debió tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 21 del C.S.T., en lo pertinente a la aplicación integral de la norma que se adopte en un caso concreto, en prevalencia del principio de inescindibilidad normativa, y que deba resolverse conforme las disposiciones de la norma laboral sustantiva.

Entiende la Sala que, lo suscitado por la recurrente radica en no estar de acuerdo que, si para el reconocimiento del derecho se tuvo en cuenta la Ley 171 de 1961, entonces para la determinación del ingreso base de liquidación

no debía acudirse a otra norma como es la Ley 33 de 1985, frente a lo cual la Sala advierte desde ya que, dicho proceder no es desacertado ni contraviene lo dispuesto en el artículo 21 del C.S.T., ni con ello se está desconociendo el mandato de inescindibilidad de las disposiciones legales.

Lo anterior, en tanto que, tal como lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de manera reiterada, para efectos de liquidar la prestación del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 o pensión restringida de jubilación, como acontece en el presente caso, debe tenerse en cuenta el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, ya que al amparo de dicha disposición es que habría de causar el derecho pensional el actor, en caso de reunir los requisitos para ello, por ende, la aplicación sistemática de la norma que reprocha la recurrente de la parte actora no es desacertada.

Al respecto, conviene citar lo expresado por la Corporación, en sentencia CSJ SL2155-2018, en un caso de similares supuestos facticos y pretensiones:

> *(…)*
>
> *"Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el numeral 4° del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3° ibídem, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio; por lo que el tercer cargo es fundado en este puntual aspecto y habrá de casarse parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto en ella se determinó como salario promedio al momento del retiro del actor la suma de $214.599,54".*
>
> *(…)*

Ahora, si bien el inciso 3° del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 se acerca al aspecto de la cuantía de la pensión, lo cierto es que, con claridad se logra extraer de su exegesis que aquella "*será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena*

establecida en el artículo 260 del C.S.T., y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios"., sin que con ello baste para conocer los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de la liquidación del IBL.

Lo anterior quiere decir que, la norma citada antes no solo señala la forma en que debe determinarse la tasa de reemplazo de la pensión sanción de que trata la Ley 171 de 1961, que como se indica debe ser proporcional al tiempo laborado, sino que, además permite integrar de manera sistemática o complementaria, otras disposiciones en lo pertinente a los conceptos que forman parte del salario que devengó el beneficiario de la prestación en el último año de servicios, y que se suple con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de igual año, sin que ello implique necesariamente inescindibilidad de la norma, y contrario a ello reviste un carácter de analogía.

Por otro lado, la apoderada del demandante también cuestiona la cuantía inicial de la pensión, al referir que se tengan en cuenta los factores salariales del último año, que, de ser así, a su parecer permitiría que para el momento del retiro en el año 1991 esa cifra ascendiera a $246.362, suma que de todas maneras insiste se actualice al 13 de marzo de 2018.

Para resolver el punto de apelación, la Sala pone de presente que con el estudio de este tópico se abre paso una vez más para derruir la inconformidad anterior, es decir, que en tratándose de los factores salariales en el marco de las pensiones reconocidas bajo el amparo de la Ley 171 de 1961, necesariamente debe acudirse al artículo 3° de la Ley 33 de 1985 con la modificación de la Ley 62 de igual año, puesto que la primera de las disposiciones no lo dice, norma que por razones metodológicas la Sala se permite citar:

> Artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado Ley 62 de 1985:
>
> "*Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para*

los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de trabajadores del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Decantado lo anterior, y de regreso al punto de apelación sobre los factores para liquidar la prestación y determinar el salario a tener en cuenta, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente al insistir en que el promedio de la base salarial corresponde a $246.362, puesto que si bien dicha cantidad se muestra en la certificación que obra a folio 5 del plenario expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la misma corresponde al *"total del periodo"*, que resulta al sumar el promedio de los factores variables y el factor fijo (sueldo básico + prima de antigüedad), procedimiento aritmético que no puede tenerse en cuenta a fin de determinar el IBL en el marco de las pensiones que prevé el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y por lo tanto, no por el hecho que la entidad haya relacionado los factores salariales que devengó el actor durante el último año de servicios, por ello deba tenerse en su integridad esa liquidación para determinar el valor del salario promedio para acceder a la prestación que se pretende, pues no es así, se reitera, es el promedio que sirvió de base para los aportes del último año, tal como lo señala el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de igual año, situación que a todas luces hará que dicho monto siempre sea inferior al total informado por la entidad.

En concordancia con lo anterior, el a quo para determinar la cuantía de la primera mesada tomó el factor *sueldo básico* equivalente a $101.211, a lo que sumó la sesentava parte de la prima de antigüedad que corresponde a $26.315, obteniendo la suma de $101.587 como salario promedio del último año, sin que se puede incluir otra cifra como acertadamente procedió el juzgado de instancia, toda vez que, no registra que se haya percibido por el demandante valores por gastos de representación, prima técnica, y dominicales o festivos.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el recurso se hace extensivo al valor del salario promedio del último año de servicios, debe indicarse que éste no corresponde al arrojado en la liquidación realizada en primera instancia, dado que, la sesentava parte de la prima de antigüedad que asciende a $26.315 no es la que determinó el juzgado por $376, puesto que la correcta es $438,58, y en tal orden, dicho incremento hace variar el promedio del salario hallado por el a quo, siendo entonces **$101.649,58.**

Ahora bien, ante la variación de la liquidación objeto de apelación, que se insiste, fue objeto de modificación no por el argumento de la recurrente sino por lo considerado por la Sala, debe consecuencialmente incrementarse la actualización de la mesada para el periodo de marzo del año 2018, es decir, que de $468.315 subió a $468.542,4, lo cual de todas maneras resulta irrelevante puesto que, esa cantidad es inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de exigibilidad, esto es, para el año 2018 que correspondía a $781.242, tal como lo plasmó la juez, y en consecuencia, la apelación formulada por la parte actora en tal sentido tampoco prospera.

Resta resolver sobre el número de mesadas pensionales al año en que se hizo el reconocimiento, ya que el juzgado lo ordenó en 13 y la recurrente insiste en que debe serlo 14; al respecto el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, señala lo siguiente:

> *Artículo 142. Mesada adicional para pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez, y sobrevivientes de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponde a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*
> *Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.*

En cuanto a la norma aludida, debe recordarse que la misma fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 1994, pronunciamiento que resulta importante y es concordante con lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en punto a la procedencia de la mesada 14 o adicional en casos de

reconocimiento pensional bajo los postulados de la Ley 171 de 1961, como es el que aquí ocupa la atención de la Sala, Corporación que avala el pago de aquella siempre que se encuentre en algunos de los tres supuestos que se mencionan a continuación, y que se fijaron en la sentencia CSJ SL5110-2019:

> *[…] De lo anterior se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma supralegal; es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en catorce mesadas al año."*

Con la cita jurisprudencial antes referida, quiere decir la Corte Suprema de Justicia que, si bien a partir del 31 de julio de 2011 las pensiones no pueden ser reconocidas en 14 mesadas en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, de todas maneras, en alcance de la sentencia C-409 de 1994 la mesada adicional de junio conforme el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción, claro está, siempre y cuando el derecho pensional del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 se haya causado con anterioridad a la vigencia del nuevo Sistema General de Pensiones.

Lo anterior, se rememora en sentencia SL-5171-2020 radicado 73186 del 9 de diciembre de 2020, al interior de un caso de similares contornos:

> *(…)*
>
> *Se memora, que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario pretendida, prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se adquiere con el retiro del trabajador y el tiempo de servicio allí establecido, mientras que la edad es un requisito para su exigibilidad. La actora, consolidó el derecho a la pensión el 15 de noviembre de 1991, cuando se retiró por mutuo acuerdo, después de más de 18 años de servicios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; por tanto, este se hizo se hizo exigible cuando cumplió la edad, el 2 de junio de 2013, pero ya se causó en aquella fecha.*
>
> *Conforme a lo dicho, la accionante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio, en virtud de la sentencia CC C-409-1994, en el sentido de que aun cuando su pensión se causó en noviembre de 1991, en todo caso fue cobijada por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubieren afectado por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que la prestación se consolidó antes de que esta comenzara a regir."*

Así las cosas, en el caso bajo estudio contrario a lo considerado por el a quo, y en acertada apreciación de la parte actora, procede el reconocimiento pensional en catorce mesadas al año, es decir, debe incluirse la adicional, conclusión a la que arriba sin dificultad la Sala en atención al criterio del Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, y teniendo en cuenta la fecha de causación del derecho del demandante, que lo fue con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 por mandato de la sentencia de la Corte Constitucional C-409 de 1994, decisión que incluye en su criterio la Sala de Casación Laboral, sin que tampoco fuera afectada su expectativa con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por consiguiente, habrá de modificarse los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la decisión de instancia, en el sentido que, el número de mesadas a pagar en el año es de catorce (14), que, una vez realizadas las operaciones correspondientes, el retroactivo pensional se incrementó a **$20.343.534,** del que hacen parte las mesadas pensionales causadas entre el 13 de marzo de 2018 y el 31 de diciembre de 2019.

Hasta aquí el recurso elevado por la parte actora.

Pasa a resolverse el recurso de apelación formulado por la parte demandada, que, en síntesis, refiere al reproche del resultado de instancia al advertir que el demandante no reúne los requisitos para acceder a la pensión restringida de jubilación conforme lo prevé la Ley 171 de 1961 y el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Sustenta su tesis la recurrente, al mencionar que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, puesto que posterior a ello empezó a regir el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 norma que no contempla pensiones por retiro voluntario como en el caso del actor.

Desde ya, la Sala en acatamiento del precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considera que, en casos como el aquí discutido, la normatividad que rige la pensión sanción es la vigente al momento de la causación del derecho, que para este proceso lo fue cuando

el actor se retiró voluntariamente y por mutuo acuerdo a partir del 1° de noviembre de 1991, tal como da cuenta el acta de la conciliación celebrada entre el promotor y en su momento la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es decir, en vigencia del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, lo que a todas luces impide la aplicación del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia no hay lugar al análisis de los requisitos que contempla esa normativa al no regir la prestación pensional deprecada, la cual dejó de existir hasta la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

En tal sentido ha expresado la Corte, en cuanto la vigencia de la Ley 171 de 1961:

> "Así lo recordó la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL, 7 mar. 2002 rad 17255, reiterada en decisiones CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 33.279 y CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37550, cuando al efecto dijo:
>
> *[…]*
> *La pensión restringida de jubilación, con ocasión de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ha tenido oportunidad de señalarlo la Corte, respecto de los trabajadores particulares, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 dejó de regir por mandato expreso de la Ley 50 de 1990 y, posteriormente, aquél precepto y, otros expedidos más tarde en idéntico sentido para los trabajadores oficiales, quedaron derogados al entrar a regir la Ley 100 ibídem, que estableció el Sistema General de Pensiones, aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con las excepciones previstas en su artículo 279. Así, al terminar la relación laboral aducida en este caso, que lo fue a partir del 1 de octubre de 1994, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 ya no regía, puesto que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia en lo concerniente al Sistema General de Pensiones el 1º de abril de 1994, salvo para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal, respecto de quienes, a más tardar, comenzaba a operar el 30 de junio de 1995, que no es el caso de la demandante.*
>
> *[…]*
> *Como lo ha explicado esta Sala en reiteradas oportunidades, si bien es cierto que mientras estuvo vigente el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 no se afectó el derecho a las pensiones de los trabajadores estatales consagradas en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, debe tenerse en cuenta que el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en su parágrafo 1, dispuso su aplicación "a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales…", por lo que fuerza concluir que ese precepto modificó lo que en materia de pensión restringida de jubilación establecían las normas dictadas*

con antelación, esto es, el citado artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el 74 del Decreto 1848 de 1969, de modo que el Tribunal no incurrió en la violación de la ley que le enrostra, sin razón, la censura".

Por último, en cuanto a los requisitos del demandante para acceder a la pensión reclamada, que no es otra que la contemplada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se encuentra acreditado a folio 5 del expediente que el demandante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 10 de enero de 1976 y el 31 de octubre de 1991, para un total de 15 años, 9 meses y 20 días, y que su retiro fue voluntario, elementos que bastan para la causación del derecho; ahora, que si bien la edad de 60 años la alcanzó el día 13 de marzo de 2018, posterior a la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que dicho presupuesto solo puede ser visto como un requisito de exigibilidad, y que solo condiciona el disfrute de la pensión cuando aquel se cumpla.

En consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada no está llamado a prosperar por lo considerado antes por la Sala de Decisión.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de diciembre de 2019, en el sentido que, el número de mesadas pensionales a pagar en el año es de catorce (14), y que el retroactivo pensional a reconocer por las mesadas pensionales causadas entre el 13 de marzo de 2018 y el 31 de diciembre de 2019 corresponde a $20.343.534, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE NEDEL GARIZAO HERNANDEZ VS GERENCIA DE CONTRATOS Y CONECSIONES SA Y OTROS RAD 06-2013-79-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **JOSE NEDEL GARIZAO HERNANDEZ**, instauró demanda a través de apoderado y en contra de **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES SA Y SOLIDARIAMENTE EN CONTRA DE LA NACION- MININISTERIO DE TRANSPORTE, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y AUTOPISTA DEL SOL**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que entre la demandada **GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES SA,** partes existió un contrato de trabajo a termino fijo por seis meses. En consecuencia, solicitó el pago de salarios, prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnizaciones moratorias, aportes, extra y ultra petita y costas. (fls 3 al 13)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones y en síntesis, manifiesta que ingresó a laborar el 6 de febrero de 2009, que renunció el 23 de marzo de 2011, por incumplimiento en el pago de salarios y suministro de alimentación, que el contrato fue a término fijo y el salario básico pactado de $ 1.292.040, y para el 2010 un promedio de $1.500.000, el cargo fue de operador de retroexcavadora, que existe solidaridad de acuerdo con e art 34 del CST. (fls 3 al 13)

Las demandadas, contestaron la demanda así:

GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES SA, MEDIANTE CURADOR AD LITEM, quien no se opuso a las pretensiones mientras sean probadas. Aceptó los hechos relativos al contrato de acuerdo con la documental aportada y dijo que no le

constaban los demás. Solicito declarar las excepciones que se llegaran a probar en el curso del proceso. (fls 252 al 255).

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, oponiéndose a las pretensiones y manifestando desconocer los hechos, dado que el contrato fue suscrito con un tercero. Precisó que es una agencia estatal, que no es subcontratista y que solo funge como concesionario del proyecto vial ruta caribe en virtud del contrato de concesión N°008 de 2007. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones, improcedencia de la solidaridad, cobro de lo no debido (fls 107 124).

AUOTOPISTAS DEL SOL SA, oponiéndose a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento. Aseguró que no le constaban los hechos porque el contrato se suscribió con un tercero. Agregó que no hay solidaridad, pues solo es concesionaria de un tramo de vías de la Nación. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, ausencia de solidaridad, inexistencia de nexo causal entre lo que se demanda y Autopistas del Sol, inexistencia de vínculo con el demandante y prescripción. (fls 160 al 168).

Mediante decisión de febrero 4 de 2016, se aceptó el llamamiento en garantía de SEGUROS DEL ESTADO, quien contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones afirmando que las mismas no tienen sustento legal y son contrarias a la realidad fáctica. En cuanto a los hechos de la demando dijo no le constaban porque no participó en los presuntos contratos y en cuanto al llamamiento, aceptó la existencia de la póliza con los límites de cobertura en ella consagrados. Propuso las excepciones de ausencia de cobertura de la póliza, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza, imposibilidad de afectar la póliza, por sanción moratoria, inexistencia de la obligación, inexistencia de perjuicio indemnizable, compensación, limite de responsabilidad y genérica. (fls 270 al 284)

Tramitada la primera instancia, la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el dieciséis (16) de diciembre de 2019, por la que resolvió CONDENAR a la AGENCIA NACIONAL DE CONTRATOS Y CONCESIONES SA y ABSOLVER a las demás demandadas.

Para llegar a esta conclusión en síntesis manifestó la Juez: *"…Con la finalidad de dirimir el conflicto propuesto, interesa mencionar que en el proceso se probó con el contrato de trabajo visible a folios 47 a 52, firmado por la sociedad Gerencia de Contratos y Concesiones s.a., con pleno valor probatorio de conformidad con lo previsto por el artículo 244 del Código General del Proceso y el escrito de renuncia fechado el día 22 de marzo de 2011, con constancia recibido por la sociedad antes citada el día 24 de marzo de igual año con pleno valor probatorio, de conformidad con lo previsto por el artículo 246 del código general del proceso;* ***que el demandante se vinculó con la sociedad Gerencia de Contratos y Concesiones***

s.a. a partir del día 5 de febrero de 2009 hasta el día 22 de marzo de 2011, como operador retroexcavadora en la construcción de la segunda calzada de la carretera Turbaco Arjona, en el departamento de Bolívar, según se consignó en el hecho octavo de la demanda, folio 4, con un salario de $1.292.040 conforme se probó con el contrato de trabajo visible a folios 47 a 52. *Luego, como en el juicio no se probó el pago de los créditos laborales y de seguridad social reclamados en la demanda, se colige que la suplicas de la demanda está llamada a prosperar, en consecuencia, se ha de condenar a la sociedad demandada gerencia de contratos y concesiones s.a. a reconocer y pagar al demandante los siguientes conceptos y valores, así:*

a. *La suma de $294.298 por concepto de auxilio de cesantía correspondiente al periodo comprendido entre el día 1 de enero de 2011 y el día 23 de marzo de igual año*
b. *La suma de $8044 por concepto de intereses sobre las cesantías.*
c. *La suma de $1.292.040 por el salario del periodo comprendido entre el día 1 de marzo de 2011 y el día 23 del mismo mes y año*
d. *La suma de $294.298 por concepto de prima de servicios correspondiente al periodo comprendido entre el día 1 de enero de 2011 y el día 23 de marzo de igual año.*
e. *La suma de $1.376.382 por concepto de vacaciones correspondiente a la vigencia del contrato de trabajo.*

No acreditada la afiliación del actor al sistema de seguridad social, y advirtiendo que la forma de contabilizar el tiempo laborado por el accionante es mediante el mecanismo del cómputo de semanas cotizadas a través del traslado de la suma de dinero dejada de cotizar y obtenida a través del cálculo actuarial, deviene prospera la súplica de la demanda. En consecuencia, se ha de condenar a la sociedad demandada gerencia de contratos y concesiones a pagar el valor del cálculo actuarial por el tiempo en el cual el demandante no estuvo afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, salud, esto es, entre el día 5 de febrero de 2010 y el día 23 de marzo de 2011, de acuerdo con las liquidaciones que al efecto realicen las entidades de seguridad social en pensiones y salud, de conformidad con la regulación que rige la materia. En lo atinente a la indemnización moratoria, se advierte que en el juicio no se acreditó circunstancia que justifique la falta de pago de los créditos laborales por concepto de salarios y prestaciones sociales que causó el accionante a la terminación de contrato de trabajo, de manera que se fulmina condena por la suma diaria de $43.068 por cada día de retardo hasta por 24 meses calculado desde la terminación de contrato de trabajo en marzo 23 de 2011, y a partir de la iniciación del mes 25 contado desde la misma ocasión, se ha de fulminar condena por los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria, hoy financiera, hasta cuando se produzca el pago de los anteriores conceptos por salarios y prestaciones sociales.

No se fulmina condena frente a la sociedad Autopista del Sol ya que no acredita la calidad de subcontratista de la Sociedad Gerencia de Contratos y Concesiones s.a. respecto de la primera sociedad, pues a este propósito se advierte, que en la demanda se afirmó en el hecho 8 que el demandante se vinculó con la sociedad Gerencia de Contratos y Concesiones para prestar servicios en la construcción de la segunda calzada de la carretera Cartagena Turbaco- Arjona en el departamento de Bolívar. Sin embargo, en el contrato de trabajo que corre a folio 47 a 52, no se consignó ese hecho. Por otra parte se estableció que la autopista del sol s.a. emitió orden de servicio número 08 de 2009 al consorcio la cordialidad para realizar la construcción de la segunda calzada del tramo Cartagena Arjona del proyecto ruta caribe, de acuerdo con el contrato de concesión 08 de 2007, celebrado entre INCO, hoy agencia nacional de infraestructura y sociedad autopista del sol s.a. para la construcción del proyecto de concesión vial ruta caribe, ***proyecto que no guarda relación con el contrato en la construcción de la segunda calzada de la carretera Cartagena Turbaco Arjona, que determinó la parte actora en el hecho 8 de la demanda. De esta manera si bien en la contestación de la demanda autopista del sol, precisó que la sociedad celebró contrato 028 de 2009 con el***

consorcio la cordialidad del cual hizo parte la sociedad gerencia de concesiones s.a., para realizar la construcción de la segunda calzada en el tramo Cartagena Arjona del proyecto ruta caribe, desde pr88+500 hasta pr78, determinación que además constituye el objeto del contrato de seguro que tomó el consorcio la cordialidad en beneficio de autopista del sol folios 192 a 206, esa única circunstancia no prueba la calidad de contratista de la sociedad gerencia y concesiones como integrante del consorcio la cordialidad, en relación con la labor que ejecutó el accionante porque la determinación de la construcción que se indicó en la demanda no coincide con la especificación de la construcción objeto del contrato que celebró autopista del sol con el consorcio la cordialidad, del cual conforme lo alegó autopista del sol sin demostración, hizo parte la sociedad gerencia y concesiones s.a., *por ende, el fallo absolutorio corresponde extenderlo frente a seguros del estado. En virtud de la absolución de la sociedad autopista del sol quien llamó a aquella en garantía, por igual razón se profiere la absolución de la nación, ministerio de transporte y la agencia nacional de infraestructura…."*

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso así: ***"…****Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal establecida para tal efecto, me permito interponer y sustentar a la vez recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta instancia para que* ***se revoque parcialmente la decisión en el sentido de declarar la solidaridad*** *con base en los siguientes argumentos: frente al vinculo jurídico entre la sociedad autopistas del sol y la empleadora gerencia de contratos y concesiones* ***se encuentra acreditado con la orden de servicios y la declaración del representante legal de autopistas del sol, al indicar que el contrato de concesión celebrado con la ANI, existió un convenio con tal entidad para la construcción de la segunda calzada para el mejoramiento de la infraestructura vial del departamento de Bolívar en el tramo que conduce de Turbaco a Arjona.*** *Adicional a lo anterior, si bien es cierto el representante legal de autopistas del sol, tanto en su contestación de demanda como en su interrogatorio de parte declaró que dicha entidad pactó un consorcio denominado la cordialidad, con base en el artículo 7 de la ley 80 de 1993, sui generis son carentes de personalidad jurídica,* ***luego entonces las sociedades que lo conforman son las que vienen a responder por las acreencias laborales que se le adeudaron a los trabajadores, como en el caso de mi representado. Así las cosas, en virtud de esa declaración de parte y de lo consignado en el contrato de trabajo de mi prohijado se logra acreditar, primero la prestación del servicio en esa cuota que fue la doble calzada y la subcontratación entre gerencia de contratos y concesiones y autopistas del sol,*** *de donde se debe arribar a la conclusión que existió una solidaridad en los términos del artículo 34 del código sustantivo de trabajo. Adicional, para identificar el beneficiario o dueño de la obra, basta con remitirse al contrato de concesión para destacar que tanto* ***la ANI como autopistas del sol pueden considerarse beneficiarios de la misma, en este orden de ideas, la ANI como dueña de la obra, puesto que un contrato de concesión es aquel por medio del cual una entidad del estado obligada en la prestación de un servicio público en el uso a la facultad de delegación, confía tal ejecución en un particular denominado concesionario, bien sea de manera total o parcial por una contraprestación monetaria por dicho servicio, en virtud de la cual asume la condición de colaborador de la administración, en el cumplimiento de los fines estatales para la continua y eficiente prestación del servicio público encomendado a la ejecución de obras públicas, precisamente lo que da lugar a la solidaridad reclamada como se puede establecer del objeto de la ANI, conforme al decreto 4165 de 2011. En igual sentido, el objeto de autopistas del sol y la empresa gerencia de contratos y concesiones no son extraños entre si al estar todos relacionados y tener conexión con la infraestructura vial****, en otras palabras como los servicios y actividades desempeñados por el contratista independiente autopistas del sol, así como la entidad subcontratada gerencia de contratos y concesiones pretendían cubrir las necesidades inherentes para el desarrollo de la infraestructura vial del territorio nacional, por lo cual no pueden considerarse*

extrañas entre sí y por lo mismo debe declararse la responsabilidad solidaria a la que se ha hecho referencia desde el comienzo del proceso. De igual manera reitero se acreditó la prestación del servicio del señor José en la obra que hemos venido haciendo referencia, conforme a lo establecido en el contrato de trabajo que obra en el expediente, razón por la cual se acreditan los presupuestos de la solidaridad patronal existente en el código sustantivo del trabajo, y así solicito ante el honorable tribunal superior de Bogotá sea declarado…"

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, la Sala estudiará el único punto de apelación esto es la condena en forma solidaria a las demandadas NACION AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y RUTA DEL SOL, insistiendo en que está acreditado que la demandada era parte de consorcio la cordialidad, con quien contrató la ruta del sol para la infraestructura vial Turbaco- Arjona, pues así lo expresó esta entidad en interrogatorio de parte, con lo que cree unido al contrato de trabajo, se logra acreditar los servicios del actor en esta especifica obra.

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que hay lugar a declarar la solidaridad **entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra o negocio**, **salvo que se trate de labores extrañas o ajenas a las actividades normales del negocio o empresa;** así:

> *ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.* ***Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores,*** *solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. (Subraya fuera de texto)*

Así, con solo el análisis de la norma, bien podía pensarse en su aplicación en el caso que nos ocupa, sino fuera, desde ya lo advierte la Sala, porque como encontró la Juez existe una deficiencia probatoria que lo impide.

Es claro y en eso le asiste razón al recurrente; que está acreditado no solo con el interrogatorio de parte señalado, sino con la contestación de la demanda por parte

de AUTOPISTA DEL SOL; que esta última celebró **un contrato con el CONSORCIO LA CORDIALIDAD,** del cual hacía parte la demandada GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES SA, existiendo además documental que así lo refiere, como por ejemplo la que aparece a folios 195 a 207, esto es oferta mercantil del consorcio **para realizar construcción de la segunda calzada en el tramo Cartagena- Arjona del proyecto Ruta Caribe, de acuerdo con el contrato de concesión N°008 de 2007.**

Ahora lo que, si no obedece a la realidad probatoria, que sería lo que daría paso al análisis y aplicación de la norma que da lugar a la solidaridad, antes transcrita es que el actor fue contratado por GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES SA, como miembro del consorcio para laborar en esa obra tal y como afirmó en la demanda y cono asegura en el recurso, se plasmó en el contrato.

Por eso no resulta claro que su vinculación se dio ante el contrato que se celebró entre estas entidades en virtud de la contrato de concesión, pues por el contrario, al revisar el contrato aportado visible a folios 47 al 54;- el cual dicho sea de paso solo contiene tanto en el inicial como en los otros si, algunas firmas en el espacio de la empresa; tema que no es del caso revisar porque no fue objeto de controversia_ ; solo se observa que fue a termino fijo por seis meses para laborar en BOLIVAR-ATLANTICO, sin especificar que lo sería en el tramo Cartagena Arjona como asegura el recurrente; razón por la que la Juez en forma acertada; declaró que no era posible determinar que el demandante fue contratado para ello, lo que hace imposible además, tener este empleador como subcontratista de la AUTOPISTA DEL SOL y en consecuencia menos aún a la ANI, pues se itera, no hay prueba de que el demandante se hubiese desempeñado en esa obra de infraestructura vial que desde luego ese si es cierto son labores propias de esta entidad estatal.

Significa lo anterior simple y llanamente que, aunque hay prueba sobre la subcontratación de AUTOPISTA DEL SOL con el CONSORCIO para llevar a cabo el contrato de concesión; no la hay sobre la contratación el actor en esa especifica labor o lo que es lo mismo que su contrato haya sido en virtud de ese contrato; luego no es posible declararlas solidariamente responsables, aún se insiste siendo clara la conexidad de labores desarrolladas.

Bastan las anteriores consideraciones para CONFIRMAR la sentencia apelada, ya que los argumentos del recurso no tienen la fuerza para quebrarla.

Sin costas en esta instancia.

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

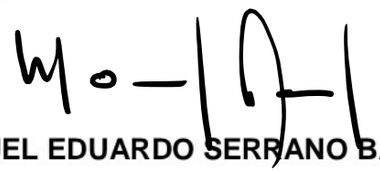
R E SU E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-078-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARY LUZ ROA PEREZ
DEMANDADO: INTERNATIONAL AVIATION SECURITY GROUP IASG LTDA

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación presentado por los apoderados de las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de noviembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes no presentaron alegaciones.

ANTECEDENTES

La señora MARY LUZ ROA PEREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con la demandada entre 02 de agosto de 2017 y el 11 de octubre de 2018, que fue terminado unilateralmente y de forma discriminatoria por parte de la demandada, que el

valor del salario obedeció $3.220.000, que fue prorrogado por un año hasta el 02 de agosto de 2019; que como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T., por despido en periodo de lactancia del artículo 239 del C.S.T., vacaciones, intereses a las cesantías, reliquidación de las prestaciones sociales, sanción por la no consignación de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, celebró contrato de trabajo a término fijo con la demandada a partir del 2 de agosto de 2017, por el término inicial de 3 meses, para desempeñar el cargo de duty manager, con un salario mensual de $2.300.000, y "bonificación a mera liberalidad no salarial" mensual por valor de $920.000; por transporte la suma de $257.000; que el 28 de abril de 2018 inició la licencia de maternidad, la cual se extendió hasta el 31 de agosto de 2018, y que una vez terminado el periodo anterior, inició el de vacaciones desde entre el 3 y el 19 de septiembre de 2018; que al regresar fue reubicada en un cargo de inferior categoría como era el de agente de control; que el día 11 de octubre de 2018 le fue informada la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, que obedeció a la reticencia de la actora por aceptar el nuevo cargo y por terminación de la labor contratada, que el periodo de lactancia concluyó 17 días después de la terminación del contrato de trabajo, esto es, 28 de octubre de 2018, que la suma cancelada por concepto de prestaciones sociales pagada ascendió a la suma de $31.944, que el 17 de diciembre de 2018 se intentó audiencia de conciliación ante el inspector del trabajo, a la cual no asistió la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 al 4, 6 a 8, 10, 16, 18 a 20, 25 y 26; manifestó no constarle los enlistados en los numerales 5, 9, 11 a 15, 17 y 22; y negó los relacionados 21 y 23,

concernientes a la causa invocada para la terminación del contrato y el valor pagado por concepto de liquidación final del contrato. Como excepciones de mérito formuló las denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, buena fe de la sociedad demandada, excepción de pago total de las obligaciones laborales en especial la indemnización, los salarios y las prestaciones sociales, improcedencia de la sanción moratoria, prescripción y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento condenó a la demandada al pago a favor de la actora por las siguientes sumas y conceptos de:

1. $1.096.332 reliquidación de auxilio de cesantías
2. $85.921 concepto de reliquidación de intereses sobre las cesantías
3. $1.096.332 reliquidación de prima de servicios
4. $276.639 reliquidación de vacaciones
5. $31.234.000 indemnización por despido injusto
6. Indexación de las condenas teniendo como IPC inicial el del mes de octubre de 2018 y el final el del mes anterior al que se produzca el pago.

Absolvió de las demás pretensiones e impuso condena en costas a cargo de la demandada en cuantía de $2.000.000.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando, en síntesis, lo siguiente:

> Que, el problema jurídico a resolver obedece a determinar si el despido se produjo estando la demandante bajo la garantía de estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, lactancia específicamente, establecer si procede la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T., y determinar el carácter salarial de la bonificación por mera liberalidad pactada en el contrato de trabajo, para establecer si procede la reliquidación de prestaciones sociales, e indemnizaciones solicitadas.
> La parte actora manifiesta que hubo desmejora, que fue despedida estando en periodo de lactancia, y que el salario real devengado incluyendo la bonificación denominada por el empleador ¿? cumple las características de salario y por lo tanto debe incluirse para reliquidación de prestaciones sociales.
> La demandada indica que a la trabajadora se le ofreció las mismas condiciones laborales salariales y de bonificaciones establecidas en el contrato inicial, pero se acepta que hubo una modificación en cuanto al cargo que debía ocupar a partir de

determinada fecha, que, en todo caso, las partes pactaron la bonificación no salarial de $920.000 y por tanto, la reliquidación solicitada no procede.

Desde ya se advierte que se accederá a las pretensiones de la demanda en cuanto a la connotación salarial de la bonificación de $920.000, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, indemnización por despido de que trata el artículo 64 del C.S.T., e indexación, se absolverá de la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T., de la indemnización moratoria, y de la sanción por el no pago de las cesantías.

Que dentro del proceso no se discutió la vinculación laboral, el cual fue a término fijo y suscrito por las partes con una duración inicial de tres meses bajo el cual la demandante se obligó a desempeñar el cargo duty manager con un salario básico de $2.300.000, bonificación no salarial de $920.000 y un auxilio de transporte de $257.500; que el contrato celebrado el 2 de agosto de 2017, lo cual quiere decir que conforme el artículo 42 del C.S.T., que la primera prorroga que operó fue el 1 de noviembre de 2017, iniciando el 2 de noviembre de 2017 al 1 de febrero de 2018, que la segunda prórroga lo fue del 2 de febrero de 2018 a mayo 1 de 2018 y la tercera prorroga lo fue del 2 de mayo de mayo de 2018 a agosto 1 del 2018, que a partir de la cuarta prorroga ésta solo podía darse por un año, que debe entenderse que a partir del 2 de agosto de 2018 se entendió salvo el preaviso, prorrogado por un año más; que la demandante manifiesta que por haber disfrutado de la licencia de maternidad, registro civil de nacimiento a folio 30, nacimiento el 28 de abril de 2018, que frente a la protección de la maternidad y protección a los menores conforme el C.S.T.se presume que el despido ocurrió con ocasión del embarazo o lactancia, si el despido ocurre durante el embarazo o durante los tres meses posteriores a este embarazo, que las mujeres que ha dado a luz a su bebe tienen una protección de lactancia de 6 meses a partir del parto, es decir, que durante los tres primeros meses después del parto, opera la presunción de despido en contra del empleador, y a partir del segundo trimestre sigue la protección de la trabajadora que no debe ser despedida, lo único que cambia es la carga de la prueba, que por ya no existir la presunción, debió la actora demostrar que en ese segundo trimestre fue por causa de su lactancia, que le fue terminado el contrato de trabajo, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia 51585 del 21 de marzo de 2018 que señala que la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 tiene por objeto relevar a la trabajadora de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado lactante con lo cual traslada al empleador la carga de probar que lo hizo por darse una de las justas causas del artículo 62 del C.S.T., y una vez agotado en debida forma el procedimiento del artículo 240, de forma que de no derruir el empleador la aludida presunción el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas, luego, en el segundo trimestre siguiente al parto que si la terminación del contrato como no se discutió que fue el 11 de octubre de 2018, ya se estaba en ese segundo trimestre, luego, y por efecto del uso de los periodos por lactancia permanece vigente la protección a la trabajadora pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil se rige por la fórmula del artículo 167 del C.G.P., que al revisar si la actora demostró que el empleador había tomado la decisión de la terminación por razones de su lactancia no hay prueba de ese supuesto de hecho para acceder a la indemnización del artículo 239 de esa indemnización la de la protección a la maternidad, debía la actora demostrar que fue en razón al embarazo que se tomó la decisión del despido, lo que se observa de las pruebas de la trabajadora y de una comunicación ella el 4 de octubre de 2018 días antes de la terminación, manifiesta una serie de inconformidades, que en ninguna se endilga de que se duela que se esté desmejorando su situación o que se esté avizorando una situación de desmejora en razón a su estado de lactancia, manifiesta una serie de cosas previas a su reincorporación de sus vacaciones, que fue

desmejorada, reubicada en un cargo de inferior jerarquía, el cual se encontraba desempeñando cuando salió a disfrutar de su licencia y vacaciones, pero no se advierte que se endilgue esa situación de lactancia, a lo que la demandada le indica que lo que da origen a la terminación es la terminación del contrato de trabajo con Avianca y que no fue receptiva la trabajadora a los ofrecimientos laborales realizados para continuar el vínculo laboral, por lo que no se demostró que la terminación se dio por estar como madre lactante, en este segundo trimestre que se considera debe concederse el permiso para lactar a la madre 6 meses después del parto, y por tanto se absolverá de esa indemnización.

En cuanto a la demostración de la parte demandada de las justas causas de la terminación del contrato de trabajo señaladas en la carta del 11 de octubre folio 25 (…) que pareciera que la demandada está soportando su posición de la terminación del contrato en una obra o labor siendo que aquí no estamos bajo ninguna modalidad de esas, eso implica la existencia de otro vínculo civil con un tercero y que el contrato con determinado trabajador depende de esa situación, por lo que es irrelevante esa justificación porque no estamos frente a un contrato de obra o labor, en gracia de discusión, como lo afirma el apoderado de la parte actora que nunca se probó la relación comercial entre la demandada y Avianca, que no se allegó un contrato en tal sentido, dada la modalidad contractual que ató a las partes que era un contrato a término fijo en nada importaba esa relación con el tercero Avianca.

Si la demandada tuvo ese inconveniente contractual y perdió unos de los contratos, debió reubicar a la demandante en un cargo de la misma jerarquía, lo que conlleva al segundo párrafo, bajo estas consideraciones que implica la extinción de la razón que le dio origen al contrato de trabajo, y el hecho que usted no aceptó ninguno de los ofrecimientos laborales ajustados a sus capacidades en los que se reconocía el mismo salario, la empresa da por terminado el contrato celebrado con usted, entonces debía la empresa demostrar que le hizo los mismos ofrecimientos o le respetó las mismas condiciones laborales, contario a ello se encuentra que la señora venía desempeñando un cargo denominado duty manager que al preguntársele sobre el cargo, lo asemejó a un coordinador que en esa contratación con Avianca la jerarquía era coordinador, líder y apoyo operativo, y se le ofrece un cargo de apoyo operativo, lo que de entrada es evidente la desproporción y desmejora en cuanto a jerarquía del cargo, pasando de un tema de coordinación, es decir, estaba por encima de un líder, que más que liderar coordinaba la gestión de los líderes y a su vez la de los trabajadores operativos, para bajarla a un cargo operativo, desmejorándola, lo qu va en contra de lo que se conoce como el derecho para variar las condiciones del contrato de trabajo, que nadie discute que es una facultad de todo empleador, siempre y cuando no afecte la dignidad o derechos fundamentales del trabajador, entonces un trabajador coordinador que lo pasen a operativo evidentemente se nota la desmejora en cuanto a jerarquía; que el apoderado de la demandada en sus alegatos dice es que en la carta del 11 de octubre de 2018 se le dijo que se le iba a mantener, el salario, las bonificaciones, los auxilios, en ningún lado aparece eso en la carta, lo que dice es que se le mantiene el mismo salario, y bajo el contexto que se había dado la relación entre las partes, entiende el despacho que el salario a mantener era de $2.300.000, que en ninguna parte de la carta a folio 25 del expediente, se habla de mantener la bonificación sin carácter salarial, el auxilio de transporte, entonces no es cierto lo dicho por el abogado; que en el interrogatorio de parte la demandante no confesó, no aceptó, lo que ella dijo fue que le habían dicho verbalmente que se le iba a mantener el salario básico, no más, entonces dependían de la confesión, nada más, porque no aportaron pruebas testimoniales ni documentales, que un ofrecimiento que se haga a un trabajador debe ser expreso, reglado, para que tenga alguna posibilidad probatoria en un juicio, lo dejaron todo a una eventual confesión de la demandante, simplemente ella dijo que le habían ofrecido el salario básico de $2.300.000 y en tal sentido, es evidente la desmejora, que no se demostró, que si la demandante tenía la carga de la protección a la

maternidad, la demandada la tenía en cuanto a la indemnización del artículo 64 del C.S.T., tenían que demostrar lo que plasmaron en esa carta de terminación, al no demostrar y al ser irrelevante del tercero Avianca, que no demostró que a pesar de desmejorar el cargo, le hicieran el mismo ofrecimiento para que la trabajadora no perdiera el mismo poder adquisitivo, es evidente la indemnización por despido sin justa causa, en los contratos a término fijo la cual corresponde a los salarios que faltaban para cumplirse plazo del vencimiento del contrato, que si se renovó por un año en agosto 2 de 2018, quiere decir que finalizaba en agosto1 de 2019, terminado el contrato el 11 de octubre de 2018 faltaban entonces nueve meses y 21 días para cumplirse el plazo pactado, operando la indemnización sin justa causa.

Que el salario a tener en cuenta para la liquidación de la indemnización y la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones; que en el contrato de trabajo se incluyó la cláusula de bonificación por mera liberalidad no salarial, artículo 128 del C.S.T., que las partes acuerdan de común acuerdo no constituye salario por $920.000, que la Corte ha dicho la forma en que deben ser los pactos de exclusión salarial rad. 63988 del 16 de mayo de 2018, "en este punto juzga prudente la recordar que por regla general todos los pagos recibidos por un trabajador por su actividad subordinada constituyen salario a menos que: 1. Se trate de prestaciones sociales, 2. Sumas recibidas en dinero o especie no para su beneficio personal o para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, 3. Sumas ocasionales o entregadas por mera liberalidad por el empleador, 4. Pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como subsidio familiar, viáticos, 5. Beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente entregados extralegalmente por el empleador cuando las partes hayan acordado expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie tales como alimentación, habitación, vestuario, primas extralegales, etc…, que en la medida que la última premisa es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar que, beneficios o auxilios extralegales no tendrán la incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso, detallado, de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales, genéricas, como tampoco lectura interpretativa o extensiva incorporar pagos que no fueron objeto del pacto, por ello la duda de si determinado emolumento estaba o no incluido en ese tipo de acuerdos debe resolverse a favor de la regla general, esto es, retributivo; nótese que bajo el principio de la realidad sobre las formas escritas del artículo 53 Superior y el artículo 127 del C.S.T., no por el hecho que las partes indiquen cual emolumento no tendrá el carácter de salario, se debe acoger esa literalidad, que el representante legal de la demandada indicó que el pago era habitual y en el contrato de trabajo se indica que es mensual, que al preguntársele qué retribuía ese pago que simplemente era una formalidad que ellos tenían con todos trabajadores de tomar una base salarial y a esa base salarial aplicarle el 40%y de ahí salía la bonificación no salarial; es decir, que hay una duda en cuanto a qué estaba remunerando pero debe entender el despacho que esa duda se debe catalogarlo como salario a más que la cláusula es totalmente genérica, en cuanto a que simplemente el 40% de ese salario no es constitutivo de salario, por vía del artículo 128 del C.S.T., ingresando al mundo de lo genérico en cuanto a ese monto, por tanto, de acuerdo al precedente señalado, se concluye que los $920.000 por ser habituales y periódicos retribuían directamente la prestación del servicio, no había una particularidad que diferenciara a la trabajadora de otros para establecer el no carácter salarial de ese monto, el propio representante legal dijo, a todos los trabajadores, aplicamos esa misma tarifa, y tenemos esa misma practica el 40% de esa base salarial, es la única razón por la cual dicho beneficio no tiene carácter salarial, lo que evidentemente no puede ser de recibo para el despacho; que esa bonificación por mera liberalidad que constituía salario debe incluirse y debe sumarse al salario básico para la liquidación de los

derechos laborales de la demandante, prestaciones sociales y vacaciones e indemnizaciones (conceptos y sumas antes referenciadas); sobre la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías ley 52 de 976, en el sentido que los empleadores deben pagar en el mes de enero los intereses a las cesantías y el no pago de estos genera una sanción correspondiente al mismo monto de los intereses, aquí no hubo ausencia de pago de los intereses, se acepta que el pago de los intereses se realizó, lo que se discutía era su valor incluyendo la bonificación pactada y no hay lugar a dicha sanción; finalmente, sobre las indemnizaciones moratorias, tanto del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del C.S.T., sabido es que no operan de forma automática y será valorada por el Despacho las razones por las cuales el empleador no canceló de forma completa en este caso los valores que se demandaron y que se acreditaron en juicio, considera el Despacho que hay razones plausibles para considerar la buena fe, en el sentido que creyó que al pactar las condiciones en la forma en que lo hicieron estaban actuando conforme derecho reconociendo los valores y los derechos laborales de la demandante con base en un salario mensual porque a su entender la bonificación no era salario, que no se observa que sea con el ánimo de ocultar algún carácter salarial, dada esa imprecisión y la generalidad de la cláusula tiene que asumir el error por lo que se declaró su carácter salarial, por lo que no hay mala fe, por lo tanto no se condenará por las sanciones por mora.
Excepciones, se declarará parcialmente probada respecto de la sanción por el no pago de intereses sobre las cesantías y de la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T., y sanción moratoria, costas inclúyase como agencias en derecho la suma de $2.000.000 a cargo de la convocada a juicio.

APELACION

DEMANDANTE

Que interpone el recurso de apelación en lo que tiene que ver con la **indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.**
Que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que las cesantías deben ser consignadas en el fondo que para tal efecto haya escogido la trabajadora, que las cesantías fueron pagadas y consignadas con relación únicamente al salario básico y no a la bonificación que es constitutiva de salario; que la sanción debe operar desde el 14 de febrero de 2018 hasta el 11 de octubre de 2018 que fue cuando término el contrato de trabajo y debe un día de salario por cada día de retardo, con una base salarial de $107.333 por cada día de retardo; que también, procede la indemnización del artículo 65 del C.S.T., que de acuerdo a la conducta procesal y contractual desplegada por la demandada puede colegirse que existió mala fe, tanto en la contratación como en los pagos de los salarios y emolumentos que mensualmente y periódicamente percibió la trabajadora, lo cual se explica por lo confesado por el representante legal de la demandada, esta es una bonificación que se le cancela a todos los trabajadores independientemente de su rol dentro de la empresa, por lo cual es una conducta conocida, practicada, tradicional de la demandada, que también quiere decir que ya lleva con esas prácticas de cláusulas no constitutivas de salarios desde hace bastante tiempo, entonces como no se va a presumir la mala fe, sino hay un encubrimiento, que más que una confusión es un encubrimiento de un pago para evadir obligaciones laborales irrenunciables de los trabajadores como son las prestaciones sociales, los aportes a la seguridad social, que no fueron objeto de pretensión y tampoco de apelación, pero este encubrimiento es practicado por la empresa entonces si hay maña fe, si hay un componente por el cual la actora debe ser

resarcida en sus derechos laborales, distinto sería que ocurriera una confusión en cuanto a los pactos que se hacen con respecto a estas cláusulas y que si fuera por determinados trabajadores que por su cargo fueran objeto de este tipo de bonificaciones, pero se les hace a todos los trabajadores, lo que quiere decir que es una práctica conocida y que al ser conocida es de mala fe, y que tanto es así, como en el de la demandante que no es docta en derecho ni tiene porque conocerlo porque no es su profesión, tiene que acudir a la justicia para que le reconozcan un monto salarial, que por naturaleza legal y constitucional si lo es, pero que de manera soslayada, oculta, se trata dentro de las partes de un contrato de trabajo que no hay que perder de perspectiva que la parte débil de la relación laboral y contractual es el trabajador, lo cual quiere decir que, o firma o acepta las condiciones o no contrato con usted, que la actora no es abogada, en cambio la empresa si puede tener una asesoría legal, que muy seguramente la tuvo para configurar esta clase de contratos, teniendo en cuenta que no es una empresa de garaje legalmente constituida con contratos grandes, con cierto prestigio dentro del gremio de la seguridad.

DEMANDADA

Que ha quedado explicado las razones por las cuales la compañía que estamos defendiendo no tiene culpabilidad de los hechos que se le endilgan, reiterando que, el contrato fue reconocido por la hoy demandante, que la empresa buscó darle continuidad en las condiciones laborales y contrario a lo que se planteaba por el señor juez, en otro sí al contrato laboral que aparece dentro del expediente que la señora no firmó pero que, cuando se le presentó estaba como testigos la señora Paola Posada y Álvaro Peña, dice en el numeral 5, que en consecuencia las partes de común acuerdo establecen que a partir de la fecha la trabajadora desempeñará el cargo de agente de control con un salario básico de $2.300.000 más un bono no salarial de $920.000 y un bono de transporte de $257.500 sin que ello implique la afectación de alguna de las condiciones laborales de la trabajadora y por lo cual no está de acuerdo con lo planteado por el juzgado; que en uno de los folios del expediente que ante la situación inamovible de la demandante de aceptar un cargo distinto y en atención al objeto social de la sociedad, ante la inexistencia del cargo para el que fue contratada, se dio por terminado el contrato por justa causa, que en el artículo 47 del C.S.T., referente al contrato de trabajo a término indefinido, en el numeral 2 cita que tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, que por analogía cabe aplicar en este asunto, que el agotamiento que dio origen a la terminación del contrato fue ajeno a la voluntad de IASG LTDA por lo que se ha dicho, que conforme lo dicho en la sentencia de marzo 17 de 1977 de la Corte Suprema de Justicia en la que se lee: “esa estabilidad no quedó dependiendo del arbitrio o de la voluntad patronal como para que pueda entenderse que al empresario le basta con hacer desaparecer o propiciar el desaparecimiento de las causas que dieron origen al contrato o la materia del trabajo para que aquel se tenga como extinguido en forma legal y justificada, que es preciso distinguir en cada caso el origen, la fuente, la razón de esos fenómenos, si ellos se producen por hechos o circunstancias o razones ajenos a la voluntad de las partes, el contrato terminará automáticamente por ministerio de la ley”.

En este punto el Despacho indaga al apelante sobre la existencia del documento sobre el cual funda la apelación, esto es, otro sí, que finalmente el apoderado solicita se retire de la apelación ese punto, al no poder señalar la ubicación de esa prueba que no se encuentra en el proceso.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, puntos de inconformidad a saber:

Parte demandante: Sustenta el recurso en lo atinente a la absolución respecto de las indemnizaciones moratoria del artículo 65 del C.S.T., y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Parte demandada: Dado que los puntos de apelación no son claros y específicos, de la exposición de abogado entiende la Sala que su reproche obedece únicamente a desvirtuar **la condena por indemnización por despido sin justa causa,** ya que si bien, en principio argumentó la aceptación de la actora de unas nuevas condiciones laborales, lo cierto es que, el apoderado retira ese punto al verificar que el documento denominado otro si sobre el cual fundó el recurso, no hizo parte del debate probatorio.

En primer lugar, como principal argumento que tuvo el apoderado de la parte actora para sustentar el recurso ante la inconformidad al ser absuelta la demandada por las indemnizaciones de que tratan los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, ya que, para el caso de ésta última, las cesantías se cancelaron de manera incompleta desconociendo el valor adicional de la bonificación reconocida como salario en el fallo, situación que a su parecer, hace procedente su reconocimiento, así también como la indemnización moratoria al emerger la mala fe por estar frente a prácticas habituales e ilegales de la empresa para encubrir obligaciones prestacionales, recalcando tener en cuenta que la convocada aceptó que de igual manera se retribuía la mentada bonificación.

Al respecto, en lo que tiene que ver con la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el numeral 3° de dicha norma dispone:

> *(…)*
> *3. El valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del siguiente año, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de*

cesantías que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo
(…)

Es así que, refulge con claridad el propósito de la disposición normativa, que tal como lo ha reiterado la jurisprudencia laboral, es sancionar al empleador que omita la consignación al fondo de cesantías correspondiente, al interior y en vigencia del contrato de trabajo. (SL1141-2021, 81350 del 17 de febrero de 2021)

Ahora, igual naturaleza sancionatoria reviste la indemnización del artículo 65 del C.S.T., disposición normativa que opera una vez finalice el contrato de trabajo, pero que, de todas maneras, al igual que la anterior, para su procedencia debe el operador judicial examinar en el caso concreto, si el actuar del empleador estuvo regido de mala fe, es decir, que se sustrajo sin justificación, debiendo y estando obligado a hacerlo, tanto a la consignación dentro del término legal del valor correspondiente a las cesantías a favor del trabajador ante el respectivo fondo y, al pago de los salarios y prestaciones que eventualmente se deban al empleado en virtud de la finalización del vínculo contractual.

En este punto conviene contextualizar la decisión, desde la definición de buena fe que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, en el marco de las relaciones de trabajo, como puede observarse en el pronunciamiento del 18 de junio de 2010, radicado 38278 y reiterado en la sentencia CSJ SL-1066 de 2020, donde se dijo:

(…)
Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado implícita en las disposiciones contenidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 1 del Decreto 797 de 1949 y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, pero, también se ha explicado, no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

> *Y en este caso, para demostrarla, no bastaba afirmar que se pagó lo que, en su momento, se creyó deber, porque también había que probar que eran justificadas las razones para no pagar lo que en realidad se debía. Por lo tanto, no se equivocó el Tribunal, ni mucho menos en forma ostensible o evidente, cuando buscó las razones de la demora en el pago, que fue, en esencia, lo que se discutió en la alzada*
>
> *(…)*

Consideración que se acompasa con lo dicho en sentencia con radicado 68040 del 10 de agosto de 2020, para indicar que la buena fe, *equivale a actuar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe y se entiende que procede así quien pretende obtener beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud,* y en tal orden de ideas, pasa a revisarse si en el presente caso tal conducta fue observada o no por el empleador enjuiciado.

Se tiene entonces que, la condena dirigida a reliquidar las prestaciones sociales de la demandante, incluyó el concepto de cesantías, es decir, que, aunque las mismas se consignaron en su momento, se pagaron conforme la base salarial sin incluir el valor de la bonificación de $920.000, situación que no permite que, automáticamente se imponga la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, puesto que como ya se dijo, tal disposición opera sin confusión, ante el incumplimiento del plazo para consignar el valor correspondiente a cesantías, situación que no fue así discutida en el proceso, sino que lo que se reprocha es su pago desconociendo el valor del salario realmente percibido por la promotora, lo que conduce a explorar si tal comportamiento estuvo revestido o no de buena fe, como pasa a analizarse en el marco de la indemnización del artículo 65 del C.S.T.

El recurrente insiste en que, medió mala fe por parte de la demandada en atención a su conducta procesal desplegada desde el momento mismo de la contratación, como en el pago de salarios, agregando al reproche que la connotación no salarial de la bonificación demandada la ha mantenido en el tiempo con el resto de los trabajadores, siendo una práctica constante y habitual, con pleno con pleno conocimiento del empleador.

Al respecto, considera la Sala que no puede perderse de vista las razones que conllevan a imponer las sanciones indemnizatorias, las cuales tienen que ver con la oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores, tanto en vigencia de la relación laboral, como al término de la misma, que para la primera de las hipótesis no se encuentra acreditada una conducta caprichosa por parte de la demandada al momento de consignar lo debido al fondo de cesantías y a favor de la demandante, ya que lo depositado fue sobre la base salarial que en su momento consideró la convocada, sin que para ello importe, si se estaba desconociendo en la liquidación del auxilio algún concepto de orden salarial, y que aún, en gracia de discusión, de ser así, de todas maneras, en este proceso no se discutió la omisión en el pago ante el fondo correspondiente, y el remedio no era otro, tal como lo consideró el a quo, la re liquidación a que haya lugar.

Ahora bien, en lo que respecta a la indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T., no fue objeto de debate en el trámite procesal la falta de pago de la liquidación final del contrato de trabajo aportada por las partes a folios 26 y 63 del expediente, situación que en principio aleja la procedencia por tal concepto en el presente asunto tal como lo concluyó el juez de instancia, ahora que, la misma deba considerarse por la conducta del ex empleador no por el retardo del pago de aquella, sino por la que desplegó al momento de la contratación y fijación de los factores que constituían el salario, lo cierto es que tales comportamientos no traen consigo necesariamente la consecuencia sancionatoria de las normas aludidas, puesto que lo que se vio, fue un empleador que creyó estar conforme lo establecido en el artículo 128 del C.S.T., al no dar la connotación salarial de la bonificación en controversia, sin que ello denote abiertamente un proceder de mala fe.

Por lo así expuesto, el recurso interpuesto por la parte demandante no tiene vocación de prosperidad, lo que permite confirmar la decisión del a quo.

Por otro lado, en cuanto al recurso de la parte demandada, el mismo se sustrae a desvirtuar la condena por la indemnización por despido sin justa causa, y para ello, previo a abordar su estudio, la Sala recuerda una vez más, el contenido del artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., esto es, el respeto

al principio de consonancia entre la decisión de segunda instancia y las materias objeto del recurso de apelación.

La precisión anterior, se hace en alcance a la sustentación del recurso que hizo el apoderado de la demandada, y que se suscribe a solicitar se revoque la condena por despido injusto en razón a que, conforme al numeral 2° del artículo 47 del C.S.T., que trata sobre la duración indefinida de los contratos de trabajo, estos tendrán vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, señalando el recurrente que, en el presente caso la terminación del contrato de trabajo de la demandante obedeció a factores ajenos a la voluntad de la convocada.

Conforme a lo anterior, de la lectura de la comunicación con fecha 11 de octubre de 2018 (fl.25) mediante la cual se da por terminada la relación laboral con la promotora, en síntesis, se concluye que, los motivos de la empresa están relacionados con la finalización del contrato comercial entre la convocada y Avianca S.A., que en vigencia del mismo había llevado a la creación del cargo que desempeñaba la señora Roa Pérez como era el de Duty Manager, que por su supresión, ello implicó la extinción de las razones que le dieron origen al contrato de trabajo, además que, la trabajadora no aceptó las nuevas condiciones laborales, que por la observancia en su conjunto del proceso, significaba también el cambio de cargo a uno de inferior categoría como era el de agente de control.

Lo anterior quiere decir que, si la empresa había suscrito un contrato de trabajo a término fijo (fl.11 a 17), lo pertinente es que, para dar por terminado el mismo invocando una justa causa, por lo menos la misma correspondiera a alguna de las establecidas en los artículos 62 y 63 del C.S.T., pero contrario a ello, lo que se infiere es que, en pleno desconocimiento de la taxatividad de las causales de las normas antes referidas, se intentó justificar su decisión con el sustento jurídico del artículo 45 *ibídem,* es decir, en el marco de un contrato por obra o labor determinada, que si bien tiene una connotación indefinida, de todas maneras este último fue diseñado para la ejecución de labores ocasionales,

accidentales o transitorias, para las que evidentemente no fue contratada la demandante.

Aunado a lo anterior, es notoria la confusión del abogado de la convocada en el recurso, que al olvidar que el contrato de trabajo suscrito con la trabajadora lo fue a término fijo, intenta hacer valer los efectos del numeral 2° del artículo 47 del C.S.T., como si se tratara de un vínculo laboral con duración indefinida, a la vez que, pretende escindir los motivos expuestos por la empresa en la comunicación del 11 de octubre de 2018, con el supuesto de hecho de la norma en comento, esto es, mientras subsistan las causas le dieron origen y la materia del trabajo.

Lo cierto es que, el contrato de trabajo suscrito entre las partes lo fue a término fijo y, por lo tanto, para su terminación con justa causa debía el empleador demostrar que la trabajadora incurrió en alguna de las señaladas en el literal a) de los artículos 62 y 63 del C.S.T., y no acudir a una causa que, por razón de su duración, hace parte de otra especie de contrato de trabajo.

Con todo, si la empresa se encontraba en imposibilidad para seguir garantizando las mismas condiciones laborales a la demandante en virtud de la terminación de las relaciones comerciales con Avianca S.A., la consecuencia jurídica acertada era la finalización del vínculo laboral sin justa causa, y consecuencialmente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado, que al no proceder así, fue que acertadamente el juez de instancia condenó a la demandada a ello, debiendo entonces confirmarse su decisión en tal sentido.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 05-2017-489-01
ASUNTO: CONSULTA
DEMANDANTE: CLARA YAMILE GARCIA TAUTIVA
DEMANDADO: SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de octubre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, no fueron remitidas alegaciones por las partes.

ANTECEDENTES

La señora CLARA YAMILE GARCIA TAUTIVA por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE su calidad de trabajadora oficial al servicio de la demandada, y si entre ella y la demandada existió un contrato laboral a término indefinido desde el 29 de

mayo de 2007 y hasta el 15 de enero de 2015, y como consecuencia de ello se ordene el reconocimiento y pago de las prestaciones y vacaciones a que haya lugar, junto con el valor correspondiente a las indemnizaciones por despido sin justa causa, por la no consignación de cesantías, moratoria del artículo 65 del C.S.T., aportes al sistema de seguridad social y costas del proceso (fls.12 a 34).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que celebró con la demandada diferentes contratos de prestación de servicios como auxiliar de laboratorio sin que se le cancelara suma alguna por vacaciones y prestaciones sociales, ejerciendo las labores de manera personal, por una remuneración a cambio y bajo una continua subordinación; que el primero de los contratos se suscribió para el periodo entre el 29 de mayo de 2007 y el 31 de agosto 2007, y el último entre el 16 de noviembre de 2014 y el 15 de enero de 2015.

Que como último salario recibió la suma de $2.085.306, que cumplía horario de trabajo, que ella era quien realizaba los pagos correspondientes al Sistema de Seguridad Social; que la demandada al momento de la terminación del vínculo laboral adujo justa causa por cumplimiento del plazo pactado, y que ya no eran requeridos sus servicios; que como respuesta a la petición elevada a la convocada en el sentido que se le reconociera liquidación del contrato de trabajo, la entidad respondió negando la existencia de la relación laboral y que por tanto, no estaba obligada al pago de eventuales prestaciones y/o indemnizaciones de naturaleza laboral. (fls.1 a 12)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción (fls.139 a 173), oponiéndose a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 36, 39 y 43 a 48 referentes a la existencia del Acuerdo N° 641 del 06 de abril de 2006, que era la demandante quien realizaba los pagos correspondientes a Seguridad Social, y a la falta de reconocimiento de prestaciones sociales, la terminación del contrato de

prestación de servicios y las peticiones y respuestas ante la demandada; aceptó parcialmente los enlistados en los numerales 1 a 35 y 41; y no aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción laboral, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, inexistencia del vínculo laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo alegado y, ABSOLVIÓ a la demandada y se abstuvo de imponer costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando, en síntesis, lo siguiente:

> "Que como problema jurídico se tuvo el establecer si la demandante ostentó la condición de trabajadora oficial en el Hospital Vista Hermosa, mediante un contrato de trabajo entre el29 de mayo de 2007 y el 15 de enero de 2015, y si proceden las consecuencias prestacionales e indemnizaciones; adelanta el sentido de la decisión de carácter absolutorio, ya que la actora no demostró la calidad de trabajadora oficial.
> Que, dentro de la clasificación de los empleos de la administración pública, especialmente con los trabajadores oficiales y empleados públicos de las E.S.E., que no se discuta la prestación del servicio se encuentra demostrada, pero que esa prestación no se demostró como trabajadora oficial, el artículo 195 numeral 5 de la Ley 100 de 1993 (…) en concordancia con la Ley 10 de 1990 parágrafo del artículo 26 que dice que son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las mismas instituciones; sobre los auxiliares de enfermería, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral desde el 2011 ha valorado el aspecto de los auxiliares de enfermería, que la Corporación en dicha sentencia al referirse al mencionado parágrafo que, por regla general las personas que laboran en E.S.E., son empleados públicos atados por una relación legal y reglamentaria, por vía de excepción que comporta una exegesis restrictiva alejada de la analogía y distante de la extensión… son trabajadores oficiales unidos por contrato de trabajo aquellos servidores públicos que desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento

de la planta física hospitalaria o de servicios generales, que elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que solo es posible catalogar a un servidor público de una E.S.E., como trabajador oficial en la medida que mediante un proceso judicial se demuestre que su labor está relacionada con tales actividades, la ausencia de prueba en tal sentido, conduce irremediablemente que el servidor público sea empleado público, al paso de tales premisas, el mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende: el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los centros hospitalarios tales como: electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia, celaduría, ejemplos de lo que debe entenderse por mantenimiento de la red física hospitalaria; que por servicios generales, la Corte ha entendido: *aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo, y en general las propias de servicios domésticos, para citar algunos ejemplos; que la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el entendimiento de actividades generales, reiteración de sentencia del 2004 radicación 22324, en la que expresó: los servicios generales dentro de una institución gubernamental esencialmente están destinados para mantener las instalaciones en óptimo funcionamiento, seguridad, aseo, vigilancia, cafetería, manejo de bienes como vehículos y suministro de elementos requeridos por las distintas dependencias;* que en la sentencia del 13 de octubre de 2004 radicación 28858 dijo: *dentro del concepto de servicios generales, ha de involucrarse a manera de ejemplo aquellas actividades relacionadas con aseo, vigilancia y alimentación, más no las correspondientes a servicios médicos y paramédicos, sin duda en este último fallo la Corte afinó su orientación doctrinaria alrededor del entendimiento de servicios generales en cuanto precisó que las actividades que correspondan a servicios médicos y paramédicos no encuadran en tal noción, porque no vienen encaminadas a satisfacer los requerimientos que resultan comunes a las diferentes dependencias (...) que el concepto de paramédico tiene relación con la medicina sin pertenecer propiamente a ella (…) que la promotora del proceso desde que se inició como ayudante de enfermería eran las propias de un paramédico, es decir, quien auxilia al médico en sus tareas."*

Que, referido lo anterior la labor que desempeñó la señora Clara como auxiliar de enfermería no se encuadra dentro de los servicios generales, que la misma actora manifestó en su interrogatorio de parte decretado de oficio que, tenía labores relacionadas a auxiliar a la bacterióloga, que tenía funciones de atención a pacientes, toma de muestras, de ofimática herramienta para desarrollar su labor, ingreso de información a las diferentes plataformas, que manejaba Excel, es decir, tareas administrativas y relacionadas con pacientes, para auxiliar esa labor de los bacteriólogos, eso descarta que la actora sea trabajadora oficial, y que eso lo debió haber entendido la profesional del derecho al primer instante que se sentó con la cliente y le preguntó sobre las labores que realizaba para determinar en donde había que demandar, si en la jurisdicción laboral o en la contenciosa administrativa, un

ejercicio básico de conversación con el cliente previo a desgastar la administración de justicia y que se demostrara que la actora no podía alegar un contrato de trabajo con la administración pública e independientemente si los tres requisitos de la relación laboral se deban o no, el juez administrativo iba a analizar y los tres requisitos en esa jurisdicción, por ser el juez competente para analizar las relaciones entre empleados públicos y la administración, porque al aportar la demandada a folios 278 y s.s., la descripción del cargo y las funciones que se describen, que son las que describió la actora, son de nivel asistencial, auxiliar área de salud, código grado carrera administrativa, es decir, empleada pública, no trabajadora oficial, no contrato de trabajo, no jurisdicción laboral, y por ello es forzoso absolver a la demandada, y que se demostró que las funciones de la demandante no son propias de los trabajadores oficiales, no era mantenimiento de la red hospitalaria, ni de servicios generales, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

El despacho se abstiene de imponer costas al mencionar que debería serlo a cargo de la profesional del derecho conforme al artículo 81 del C.G.P. Se declarará no probada la excepción de no configuración del contrato de trabajo alegado".

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

En primer lugar, intenta la demandante la declaración de existencia de un contrato de trabajo con la parte convocada, previa reconocimiento de su calidad como trabajadora oficial, condición de la que afirma es beneficiaria al haber prestado servicios para una Empresa Social del Estado, como lo es el Hospital Vista Hermosa Nivel 1, entidad perteneciente a la Subred de servicios Integrales de Salud Sur en la ciudad de Bogotá.

Por ello resulta fundamental desde ya, aclarar que por el simple hecho de prestar servicios para una entidad que dentro de su régimen jurídico permita la existencia de trabajadores oficiales, no quiere decir que automáticamente las personas que laboran allí deban ostentar dicha calidad, pues no lo es, ya que además, se impone el cumplimiento de exigencias y/o requisitos, que en razón a criterios orgánicos y funcionales al tratarse de una E.S.E. como en el caso bajo estudio, también confluyen

con las funciones desempeñadas por la demandante, siendo este uno de los presupuestos determinantes para establecer si se está frente a una vinculación laboral regida por la normatividad aplicable a los trabajadores oficiales, o eventualmente ante una de tipo legal y/o reglamentario, en el caso de los empleados públicos.

Es así que, tal como lo afirmó el juez de instancia, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha delimitado con claridad las reglas y criterios que permiten identificar la condición de trabajador oficial, y diferenciarlo a su vez, de la de un empleado público, al afirmar esa Corporación que, por regla general, quienes prestan servicios a Empresas Sociales del Estado, son empleados públicos, y que solo por excepción son trabajadores oficiales quienes desempeñen labores relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales (SL5097-2020, radicación 74087 del 9 de diciembre de 2020), lo anterior, en concordancia con lo establecido en el numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y con el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que además señala la condición que el cargo desempeñado no tenga el carácter de directivo.

Descendiendo en el caso propuesto, se tiene que la E.S.E. demandada fue sujeta a la reorganización del sector salud para la ciudad de Bogotá mediante el Acuerdo Distrital N° 641 de 2016, quedando fusionado el Hospital Vista Hermosa en lo que a partir de dicho acto administrativo pasó a llamarse Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., lo anterior, con el ánimo de dar alcance mediante interpretación sistemática con el contenido del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

Conforme lo anterior, considera la Sala que la decisión de primera instancia que absolvió a la accionada, debe ser confirmada en tanto que, la demandante no logró demostrar que las funciones realizadas por ella contrastaban con las exigidas en la norma y en la jurisprudencia para ser elevada a la categoría de trabajadora oficial, por las siguientes razones:

Se encuentra suficientemente acreditado en el proceso, que la demandante mientras estuvo al servicio de la demandada, sus funciones en todo

momento se relacionaron con labores asistenciales y de apoyo al área de laboratorio, más exactamente como auxiliar de esa dependencia, tal como se refleja en los diferentes contratos de servicios suscritos por la promotora y de la certificación expedida por el área de contratación de la entidad encartada, documental visible a folios 39 a 102 del plenario.

Además, el a quo requirió a la convocada para que certificara *la organización jerárquica de las personas que trabajaban en laboratorio para los años 2007 al 2015, si aquellos eran trabajadores oficiales o empleados públicos,* y, *qué actividades realiza una persona con cargo de auxiliar de laboratorio,* respuestas que reposan a folios 277 a 282, en donde se corrobora que, independientemente en el área que se le ubique, el cargo de auxiliar, como es el caso de la actora, se encuentra en el área asistencial siendo su naturaleza la carrera administrativa.

Aunado a lo anterior, señala la entidad de salud que, el propósito principal del cargo, es el "*Apoyar al profesional de bacteriología en las actividades previas y posteriores a la lectura de las diferentes muestras de laboratorio para contribuir al óptimo funcionamiento del laboratorio clínico",* descripción que contrasta con el derrotero de funciones denominadas como esenciales, entre las que se relacionan las relacionadas con atención al usuario en la toma, y recolección de muestras y entrega de resultados, registro de datos en los sistemas de información y apoyar al profesional de bacteriología en su labor, acciones que nada tienen que ver con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Por último, téngase en cuenta que, al quedar excluida la calidad de trabajadora oficial de la demandante mientras estuvo al servicio de la demandada, es por lo que la jurisdicción ordinaria laboral no resulta competente para pronunciarse sobre las demás pretensiones de condena formuladas en la demanda, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, puesto que, se reitera, si bien la actora estuvo al servicio de la E.S.E. Hospital Vista Hermosa, lo cierto es que no se demostró que por las funciones realizadas, estuviera inmersa en la excepción legal del parágrafo *ibídem.*

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.
Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 04 2019 438 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JHON MARIO AYA LÓPEZ

DEMANDADO: ASOCIACIÓN CASA DE ESPAÑA

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 6 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la parte demandada.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes, presentaron alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES

El proceso estuvo encaminado a buscar la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, suscrito el 16 de noviembre de 1999, el cual se prorrogó automáticamente , hasta la fecha de la terminación unilateral y sin justa causa, el día 11 de noviembre de 2018, que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, esto es, por los salarios correspondientes al tiempo que falto para cumplir el plazo estipulado y al pago de los daños morales por el despido injustificado y al pago de las costas del proceso. (fl.4)

HECHOS

1. Que con fecha 16 de noviembre de 1999, entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de un año, en el cargo de Cajero – Mesero - barman bolera.
2. Que dicho contrato se ha venido prorrogando de manera automática año a año, hasta el día 11 de noviembre de 2018, fecha en la que la demandada decidió dar por terminado el contrato de trabajo.
3. Que el día 9 de noviembre de 2018, l fue notificada la citación a descargos, por el abandono del cargo efectuado, según la citación de ese mismo día a las 11.45 am.
4. Que atendiendo a la citación, procedió a rendir los descargos por escrito, el día 14 de noviembre de 2018.

5. Que la demandada dio por terminado el vínculo laboral el día 11 de noviembre de 2018.
6. Que la demandada citó a descargos por abandono del cargo el día 9 (viernes) al demandante y terminó el contrato el 11 (domingo), argumentando renuncia voluntaria, sin que exista documento alguno al respecto. (fl.- 2-4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada la demandada, procedió a dar contestación en la que se opone a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos 1 a 4, 16 y 17, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden, cobro de lo no debido, pago, buena fe y prescripción. (fl.- 33-36)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de primer grado, en decisión de fecha 6 de diciembre de 2019, resolvió:

1. *Declarar que entre el señor John Mario Haya López y la asociación casa de España existió un contrato de trabajo a término fijo, que tuvo vigencia entre el 16 de noviembre de 1999 y el 11 de noviembre de 2018, que terminó sin justa causa;*
2. *Condenar a la demanda a pagar al actor la suma de $24.185.070, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.*
3. *Absolver a la demandada de las demás pretensiones;*
4. *Declarar no probada la excepción de prescripción.*
5. *Costas a cargo de la demandada, se fija como agencias en derecho la suma de $1.000.000.*

La juez *a-quo* fundamentó la providencia señalando:

"Así las cosas, el problema jurídico en este caso consiste en establecer si el demandante fue despedido sin justa causa o si terminó por renuncia voluntaria del trabajador, como lo afirma la parte accionada, en caso determinarse si el actor sufrió perjuicios morales. Relación laboral. No fue objeto de discusión en este caso que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo a un año, el cual tuvo vigencia entre el 16 de noviembre de 1999 y el 11 de noviembre de 2018, así fue aceptado por la demandada al contestar la demanda y se corrobora además con la documental que reposa a folios 12 a 14 del plenario. Tampoco que el cargo desempeñado por el actor a la terminación del contrato fue el de cajero, mesero barman y devengó un salario básico de $1.749.000 que promediando con las horas extras devengadas ascendió a $1.993.275, esos fueron asuntos que no se discutieron por lo que se tienen plenamente probados.

De la terminación del contrato de trabajo. Se afirma en la demanda que el actor fue objeto de un despido sin justa causa, toda vez que el día 9 de noviembre de 2018 fue citado a rendir descargos, sin embargo, sin haberle dado la oportunidad de ser escuchado su contrato fue liquidado con fecha 11 de noviembre de 2018, indicándose como causal de terminación la renuncia voluntaria del trabajador, que según se señala en la demanda nunca fue manifestada por él. La demandada niega la terminación sin justa causa y afirma en su defensa que el contrato de trabajo termino por renuncia voluntaria presentada por el trabajador. Para resolver la controversia entre las partes, debe tenerse en cuenta que la legislación laboral ha establecido en forma taxativa los modos de terminación del contrato, así como las justas causas de terminación unilateral del mismo, y ha indicado además que los hechos que las constituyen se deben alegar oportunamente al momento que termina la relación de trabajo.

Revisadas las pruebas relacionadas con la terminación del contrato allegadas con la demanda y la contestación, encuentra el juzgado lo siguiente: copia de la comunicación de fecha 9 de noviembre de 2018, por medio de la cual se cita a descargos al señor John Mario Haya López en donde se indica que debe explicar las razones por las cuales tomó la decisión voluntaria y sin consentimiento del empleador de abandonar el cargo, y cesar sus actividades el día 9 de noviembre de 2018 a las 11:45 de la mañana, sin hacer entrega puntual de las responsabilidades que a su cargo tenia como empleado de confianza, se observa en ese documento que no se indica la fecha ni la hora en la cual se realizaría la diligencia de descargos, folio 15. Segundo, liquidación del contrato de trabajo en el cual se indica como fecha final de relación laboral 11 de noviembre de 2018 y como motivo de la terminación renuncia voluntaria del trabajador, folio 13. Tercero, copia de la comunicación de respuesta citación a descargos suscrita por el señor John Mario Haya López en la cual manifiesta las razones por las cuales se retiro del lugar de trabajo el día 9 de noviembre de 2018. La comunicación aparece con la nota de

recibido por la empresa, el 14 de noviembre de ese mismo año, folio 17. Cuarto, respuesta de la demandada a la parte actora en la cual indica que la renuncia presentada por el demandante fue verbal y por lo tanto no existe escrito de la misma, folio 18. Y finalmente 5, mensaje de texto emitido por el señor John Mario Haya el 15 de noviembre de 2018, en el cual manifiesta a clientes y amigos que ya no hace parte del equipo de la casa España por habérsele negado el derecho al trabajo, que no logró entenderse con la nueva administración por diferencias de carácter laboral y agradece la confianza en el depositada, folio 42. En audiencia del pasado 18 de noviembre de este año, se practicó interrogatorio a la parte demandante y al representante legal de la demandada, y se recibieron los testimonios solicitados por ambas partes de los cuales el juzgado puede extraer lo siguiente: al absolver interrogatorio el señor Andrés Rincón Salgado en calidad de representante legal de la demandada, acepto que el señor John Mario Haya fue citado a descargos, que los presentó el día 14 de noviembre de 2018, aceptó además que para la liquidación final del contrato se tomó como fecha de terminación 11 de noviembre de ese mismo año, pero que los descargos llegaron con posterioridad a la fecha de corte. Agregó que el demandante renuncio y abandonó el cargo antes de rendir los descargos. Por su parte el demandante aceptó que el 9 de noviembre de 2018 tuvo una discusión con la señora Zaira Rodríguez, gerente de casa España, porque para ese día había programado un desayuno aproximadamente para 20 personas, que el llego a las 11 de la mañana, hora para la cual estaba programado su turno y que el día anterior quedó acordado que el desayuno lo atendería el señor José Hurtado con los demás meseros, sin embargo, cuando llegó encontró que el cliente estaba disgustado y no iba a pagar la cuenta, y la señora Zaida lo responsabilizo de lo sucedido, razón por la cual se alteró y decidió retirarse del lugar de trabajo. En horas de la tarde recibió por correo electrónico la citación a rendir descargos, razón por la cual se presentó el sábado a las instalaciones de la demandada, pero no le fue permitido el ingreso por orden de la gerente, esa decisión se la comunicó a la contadora quien además le informó que la orden era no dejarlo entrar hasta que estuviera la señora Zaira. Negó que después de la discusión hubiera manifestado la voluntad de renunciar y que en ese momento estaba presente además de la gerente el señor Ricardo Rodríguez, jefe de ventas. Que luego de haberse retirado del lugar de trabajo, fue a visitar al señor David Rincón y le dijo que no podía seguir trabajando así con la señora Zaira, pero no le dijo que renunciaba. Que después del 14 de noviembre de 2018, envio un mensaje de texto a través de la aplicación WhatsApp, manifestando que no había parte de la casa España pero fue después de la terminación del contrato y a manera de despedida. Se recibió el testimonio del señor José Ignacio García solicitado por la parte demandante, quien manifestó que trabajo para la casa España aproximadamente por 21 años, y se retiró hace mes y medio. Fue compañero de trabajo del actor quien era el maintress o jefe de la parte del comedor, que el señor Haya dejó de

prestar sus servicios a la demandada por un altercado que tuvo con la gerente a las 11 de la mañana que llego a trabajar; no le consta que renunciara o que fuera despedido porque estaba en el comedor y no presencio el altercado. Que el demandante debía llegar ese día a las 11 de la mañana y que el encargado del desayuno no era el señor Haya sino el, pero que el cliente se disgusto porque el personal de la cocina no llegó a tiempo. El señor David Rincón que fue llamado como testigo por la demandada manifestó que es socio de casa España hace 18 años y miembro de la junta directiva como vocal. Informó que conoce al demandante hace 19 años que era el encargado del restaurante y de los meseros y a veces atendía los eventos; que el demandante prestó sus servicios hasta el 9 de noviembre de 2018 y en esa misma fecha, siendo aproximadamente la 1:15-1:30 de la tarde, el señor John Mario se presentó a su negocio y le expresó que se había retirado del trabajo porque tuvo una desavenencia con la señora Zaira Rodríguez, le dijo que se había ido y el le manifestó que por que se había retirado, ante lo cual el demandante reconoció que había cometido un error. Que el lunes siguiente con un mensaje de whatsapp, el demandante expresó nuevamente lo que sucedió el viernes y manifestó que se retiraba, al preguntársele si con posterioridad al 19 de noviembre de 2018 el señor haya fue llamado a descargos, contestó que si fue llamado a descargos y que el lunes siguiente rindió los descargos por escrito, agregó que no tuvo presente el altercado entre John y la señora Zaira y que fue el señor John quien le contó lo sucedido. Finalmente, rindió testimonio a solicitud de la parte demandada la señora Zaira Rodríguez, quien manifestó ser gerente de la casa España desde el año 2016, desde ese momento conoció al señor John Mario Haya quien era el maitress y tenia la responsabilidad de todo el servicio en el restaurante y de los eventos, que los horarios se programaban por los meseros con su visto bueno semanalmente y de acuerdo a los eventos. Sobre la terminación del contrato, manifestó que el actor prestó sus servicios hasta el 9 de noviembre de 2018, que el renuncio porque se le hizo un llamado de atención verbal por no cumplir con sus obligaciones ese día porque había programado un desayuno y no lo atendió, que el decidió renunciar y salirse de la casa, dijo que se retiraba y que ella le contestó que no se podía ir de las instalaciones siempre y cuando presentara la carta de renuncia, sin embargo, el se fue. Que después volvió porque se le solicitó que presentara descargos y el los presentó, justificando porque no había asistido, que la citación a descargos se hizo el 9 de noviembre de 2018 porque como no presentó renuncia debía legalizarse su ausencia, que el formalmente no presentó renuncia pero que a través de mensaje por whatsapp informó a toda la comunidad de la casa espala que ya no formaba parte del equipo y que el mensaje lo envió en el transcurso de esa semana, negó que el sábado 10 de noviembre de 2018 se negara el ingreso del actor a la casa España. Que los descargos presentados en escrito del 14 de noviembre de ese mismo año fueros adjuntados a su carpeta para efectuarse la respectiva liquidación. Pues bien, analizadas

las pruebas practicadas en el proceso, el juzgado puede concluir que el día viernes 9 de noviembre del año 2018, entre el trabajador John Mario Haya López y la gerente de la demandada señora Zaira Rodríguez, se presentó un altercado al parecer por el incumplimiento del horario de trabajo del demandante, y la atención de un desayuno que estaba programado para esa fecha, que el señor Haya se retiro del lugar de trabajo y ese mismo día fue citado a descargos, pero sin indicarle la fecha en la cual se iba a celebrar esa diligencia. Además, que el día 14 de noviembre de 2018, se presentó a las instalaciones de la demandada y presentó por escrito la respuesta a los descargos solicitados, sin embargo, el mismo día le fue entregada la liquidación en la cual se tomó como fecha final del contrato el domingo 11 de noviembre de 2018, y en donde se indicó que la terminación fue por renuncia voluntaria, sin embargo, ninguna prueba allegó la parte demandada respecto que el actor hubiera presentado renuncia entre el 9 y el 11 de noviembre de 2018, pues lo que indican tanto el demandante como los testigos, es que el se retiró de su lugar de trabajo el día 9 de noviembre de 2018, pero no manifestaron con claridad que este expresara la decisión de terminar el contrato de trabajo. Nótese que el señor David Rincón relata el retiro del demandante y la supuesta renuncia, pero no presencio los hechos ocurridos el día 9 de noviembre de 2018, y si bien la señora Zaira Rodríguez afirma en su declaración que el renuncio, luego se contradice al manifestar que fue llamado a descargos porque no presentó renuncia, y era necesario legalizar su ausencia. Llama la atención del juzgado que si el demandante expresó su decisión de renunciar, como lo afirma la parte demandada, esta no hubiera aceptado la misma de manera inmediata y por el contrario, lo que ocurrió fue una citación a descargos por una falta a los deberes del trabajador. Diligencia que nunca se llevó a cabo por haberse producido la liquidación del contrato de trabajo, antes de que se presentaran los descargos. Para el juzgado tampoco constituye prueba de la renuncia el mensaje de texto remitido por el demandante el día 15 de noviembre de 2018, en primer lugar, porque fue emitido en fecha posterior a la que indica la parte demandada en que el actor manifestó su decisión de terminar el contrato de trabajo, y además, porque en su contenido solo se advierte que a través del mismo enteró a clientes de la entidad demandada que ya no hacía parte del equipo de trabajo de casa España, por considerar que se le negó el derecho al trabajo y que tuvo diferencias con la administración, pero no se encuentra por ningún lado que indicara que el día 9 de noviembre de 2018, presentó renuncia de manera verbal. Así las cosas, y al no haberse demostrado por la parte demandada que el trabajador manifestara su decisión de renunciar al cargo que desempeñaba, debe concluirse que la terminación del contrato de trabajo no obedeció a la decisión unilateral del trabajador, y tampoco se ajustó a lo establecido en el numeral 1 del artículo 46 del código sustantivo del trabajo, pues el empleador no avisó con anterioridad no inferior a 30 días su decisión de no renovar el contrato. Nótese que el mismo vencía el 16 de noviembre

de 2018 y la fecha de terminación fue el 11 de noviembre de ese mismo año. Cuando ya se encontraba renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, que en este caso era de un año y vencía entonces por su prorroga o por su renovación el 15 de noviembre del año 2019. Así las cosas, la demandada deberá reconocer al demandante la indemnización por despido que equivale a los salarios que faltaban para el vencimiento del plazo pactado, conforme lo establecido en el inciso 3 artículo 64 código sustantivo del trabajo. Que una vez realizadas las operaciones del caso, se tiene que la indemnización por despido asciende a la suma de $24.185.070, suma a la cual será condenada la parte demandada. Perjuicios morales. Se solicita la condena por perjuicios morales, con fundamento en que el actor llevaba 19 años laborando y con la terminación del contrato de trabajo y el actuar de le gerente se ha visto afectado su estado de animo, sin embargo, el demandante no demostró por ningún medio que el despido hubiese causado los perjuicios morales que alega, al respecto, debe recordarse que estos perjuicios deben probarse claramente como la manifestado la corte suprema de justicia en sentencia 42433 de 2013, entre otras, situación que en este caso no ocurrió, tan solo se limitó el accionante a afirmar tal aspecto, pero no probó la afectación en su estado de animo como lo afirma en la demanda, razón por la cual se absolverá a la demandada de esta pretensión. Y no operó el fenómeno de la prescripción toda vez que el contrato terminó el 11 de noviembre de 2018 y la demanda se presento el 12 de septiembre de 2019, como se puede observar con el acta de reparto. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, se fija como agencias en derecho la suma de $1.000.000. En mérito de lo expuesto, el juzgado 4 laboral del circuito de Bogotá administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve…"

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada, interpone recurso de apelación en los siguientes términos:

"Gracias señora juez, en mi calidad de apoderado de la asociación casa de España, con el debido respeto, presento recurso de apelación en contra de la decisión que se notifica en audiencia, con fundamento en las siguientes razones y fundamentos de derecho. Pretende el actor se le pague la indemnización por despido y las costas del proceso, de conformidad con la ley procesal quien alega debe demostrar los supuestos facticos de las normas en que sustenta la pretensión, jurisprudencialmente está definido que el empleador que alegue haber sido despedido debe demostrarlo. En este asunto, jamás el actor probó el supuesto despido y contrario a ello, del interrogatorio de parte a el formulado y de las demás documentales allegadas al proceso como prueba, se demostró que fue el trabajador quien renuncio

intempestivamente a la empresa demandada el 9 de noviembre de 2018 a las 11:45 AM y abandonó las instalaciones de la misma para no volver, hecho que rectificó con el correo chat a todos los miembros de junta y asociados de la casa de España. En los descargos allegados por escrito a la dirección de la demandada, sin siquiera volver a presentar a laborar. Los testigos traídos al proceso de parte de la demandada confirman exactamente los hechos demostrados anteriores, que el mismo actor corrobora con su versión por lo que no existe razón jurídica alguna para imponer la condena que se impone a cargo de la demandada, contrario a las pruebas allegadas oportunamente al proceso, toda vez que no se logró demostrar por parte del actor que mi mandante le despidió, lo que debió ocurrir es la absolución de todas las pretensiones, incluido el daño moral que tampoco demostró. Hasta aquí fundamento mi recurso de apelación y ruego al honorable tribunal superior de Bogotá, revocar la decisión de esta instancia. Gracias."

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandada y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., aborda la Sala el estudio del mismo, encontrando que la parte recurrente alega i), Que es ala parte actora a quien le corresponde la demostración del despido, hecho que no ocurrió y ii) Que con las pruebas allegadas al plenario se corrobora el hecho alegado por la demandada, esto es que el actor fue el que tomó la decisión de renunciar a su cargo.

Previo a abordar los puntos antes señalados, es necesario advertir que no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo a un año (fl.- 12), el cual tuvo vigencia entre el 16 de noviembre de 1999 y el 11 de noviembre de 2018, en el cargo de cajero, mesero barman y devengando un salario básico de $1.749.000 que promediando con las horas extras devengadas ascendió a $1.993.275, hechos que así fueron aceptado por la demandada al contestar la demanda y se corrobora además con la documental que reposa a folios 13 a 14 del plenario.

Ahora bien, en el presente caso, se pretende el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, ya que la parte actora

manifestó que, pese a que la demandada manifestó que renunció de manera voluntaria, este hecho nunca ocurrió.

La Juez de Primer grado señaló que en el proceso no se demostró que efectivamente el actor hubiese presentado la renuncia voluntaria, por lo que condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización que reclama.

Del resumen que antecede, esta Colegiatura encuentra desde ya, que la decisión del Juez de primer grado debe ser confirmada, como quiera que si bien, como lo señala la parte demandada, en esta clase de procesos, le corresponde, en primer lugar a la parte actora la carga de demostrar el hecho del despido, no es menos cierto que en el presente contencioso la causa de terminación del vínculo, según la demandada fue la renuncia voluntaria que presentara el actor.

Así las cosas, se encuentra que el art. 167 del C.G.P., aplicable en materia laboral por remisión analógica del art. 145 del CPT y SS, exponen que la carga de la prueba incumbe a quien alega los hechos del proceso, salvo que la ley lo releve, como es el caso de las afirmaciones y negaciones indefinidas, por tanto, resulta necesario evaluar cada caso en particular.

En el presente caso, se itera, la parte demandada señala que el actor presentó renuncia voluntaria al cargo que venía desempeñando por un lapso mayor a 19 años, hecho que niega la parte actora, por lo que, al tratarse de una negación, le corresponde a la parte demandada acreditar que efectivamente el actor presentó su renuncia en los términos señalados por ésta.

A fin de dilucidar lo anterior, se encuentra de las pruebas allegas a los autos no permiten inferir, que efectivamente la decisión de finiquitar el vínculo haya provenido de la parte actora, lo anterior, ya que tal y como

lo señaló la Juez de Primer Grado, se encuentra demostrado que entre el actor y la gerente de la empresa demandada, señora ZAIRA RODRIGUEZ, se presentó una discusión el día viernes 9 de noviembre de 2018, momento en el que el actor se retiró de su sitio de trabajo; así mismo que la señora ZAIRA, posteriormente le realizó una citación a descargos, sin que en ella se indicara el lugar, la fecha y la hora en la que se realizaría dicha diligencia.

Igualmente se tiene que el actor, concurrió a la demandada el día lunes 14 de noviembre de 2018, y presentó por escrito los descargos que le fueron solicitados por la demandada, sin embargo, ese mismo día le fue entregada la liquidación, en la cual se indicaba que la fecha de terminación del vínculo fue el 11 de noviembre de 2018 y como motivo se arguyó renuncia voluntaria.

En este aspecto se tiene que la demandada alega que la renuncia presentada por el actor, lo fue de manera verbal, el día 9 de noviembre de 2018, fecha en la que abandonó su cargo, y por ello no hay constancia escrita de dicho evento, por lo que no se explica esta Sala, porque la demandada en la liquidación de prestaciones finales indicó como fecha de terminación el día 11 de noviembre de 2018, así mismo no se explica porque, si el actor renunció no se procedió de manera inmediata a aceptar la misma y menos aún si el actor renunció por que posteriormente fue llamado a descargos.

Nótese como la señora Zaira Rodríguez, persona a la que, según la demandada, el actor presentó su renuncia verbal, al momento de rendir su testimonio se contradice en su declaración, ya que dice que el actor fue llamado a descargos porque no presentó renuncia, y era necesario legalizar su ausencia.

Igualmente, del mensaje de texto que envió el actor el día 15 de noviembre de 2018, a diferentes personas, como clientes de la

demandada, no se logra evidenciar que éste fue el que tomó la decisión de finiquitar el vínculo, ya que el mismo es de fecha posterior a la terminación y en él solamente indica que ya no hacía parte del equipo de trabajo de Casa España, por considerar que se le negó el derecho al trabajo y que tuvo diferencias con la administración.

De conformidad con lo anterior, se encuentra acertada la decisión de primera instancia y n consecuencia se habrá de confirmar la misma.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 04 2017 755 01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: HILDA IRENE ZAMBRANO DE ALDANA

DEMANDADO: PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOMÉSTICOS Y COMERCIALES S.A.S. - PRESEDO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto laboral del Circuito de Bogotá, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.

ANTECEDENTES

El proceso estuvo encaminado a buscar la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el mes de enero de 2014 y hasta el 10 de diciembre de 2015, fecha en la que fue despedida sin justa causa. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, sanción por no consignación de cesantías, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, gastos de transporte, incapacidades y los demás derechos que resulten demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fl.3)

HECHOS

1. Que laboró mediante un contrato de trabajo a término indefinido para la demandada, desde el mes de enero de 2014, hasta el 10 de diciembre de 2015.
2. Que devengaba el mínimo legal vigente para la época.
3. Que desarrolló oficios de aseo domésticos y comerciales.
4. Que durante la vigencia de la relación laboral tuvo quebrantos de salud.
5. Que la demandada no pagó aportes por los meses de agosto y septiembre de 2014.
6. Que la demandada no canceló los conceptos que aquí se reclaman, por lo que adelantó trámite de conciliación ante el Ministerio del Trabajo en el cual se llegó a un acuerdo parcial
7. Que la demandada solo pagó parcialmente dicho acuerdo.
8. Que fue despedida sin justa causa el 10 de diciembre de 2015. (fl.3-4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La presente acción fue contestada por intermedio de curador ad litem, quien propuso la excepción de prescripción. (fl. 95 – 96)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primer grado, en decisión de fecha 2 de diciembre de 2019, resolvió:

1. *Absolver a la sociedad prestación de servicios domésticos y comerciales s.a.s precedo s.a.s. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la señora Hilda Irene Zambrano de Aldana.*
2. *Sin costas en esta instancia.*
3. *En caso de no ser apelada esta decisión, ordénese el envió del expediente en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante.*

La juez a-quo fundamentó la providencia señalando:

> *"Solicita la parte demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo desde enero de 2014 hasta el 20 de diciembre de 2015, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de las cesantías, prestaciones sociales y vacaciones y costas del proceso, como se puede observar a folios 29 a 30. Los hechos en que basan las pretensiones los pueden leer a folios 30 a 32 que no voy a mencionar porque ya la conocen ampliamente los apoderados y las partes. Admitida la demanda, se notificó en forma personal a la demandada, a través de curador ad litem, quien procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones y presentando la excepción de prescripción, como se puede observar a folios 95 a 96.*
>
> *Así las cosas, el problema jurídico en este caso, consiste en establecer, primero si entre las partes existió un contrato de trabajo y en caso afirmativo, si la sociedad demandada adeuda los derechos laborales reclamados por la actora. De la relación laboral. Se afirma en la demanda que la señora Hilde Irene Zambrano prestó sus servicios a la sociedad accionada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde enero de 2014 hasta el 10 de diciembre del año 2015, para resolver lo anterior, se tiene que tratándose de la existencia del contrato*

de trabajo la ley exige la coexistencia de 3 elementos esenciales a saber: 1. La actividad personal del trabajador, 2. La continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida esta como la facultad del empleador de exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamento, y 3. El último de los elementos es el salario, como retribución del servicio, también lo es que una vez reunidos estos 3 elementos, señala el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esencial del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 de la misma normatividad la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser de tipo legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario. Dentro de este orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral y no de otra estirpe, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente que prestó el servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma, no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica, presente en los contratos de trabajo.

En este caso se allegaron las siguientes pruebas: copia del acta de acuerdo parcial celebrado entre las partes ante el ministerio del trabajo el 21 de febrero de 2015, folios 9 a 10; y de folios 21 a 24, se encuentran copias de comprobantes de nómina que cuentan con el membrete de la sociedad demandada y que indican el pago de salarios a la demandante por los siguientes periodos: del 11 de diciembre de 2013 al 10 de enero de 2014, del 11 de enero de 2014 al 10 de febrero de ese año, del 11 de febrero de 2014 al 10 de marzo de ese año, del 7 de febrero del mismo año al 22 de febrero de 2014, del 10 de marzo de 2014 al 10 de abril de 2014, del 11 de abril de 2014 al 10 de mayo de 2014 y del 16 de noviembre de 2014 al 15 de diciembre de 2014.

"Pues bien, con los documentos ya relacionados y teniendo en cuenta la pretensión de declarar la existencia de un contrato de trabajo desde enero de 2014 al 10 de diciembre de 2015, considera el juzgado que no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, y menos de manera continua en el tiempo que se afirma en la demanda, no puede tenerse en cuenta como prueba de la relación laboral la afirmación contenida en el acta de conciliación parcial celebrada el 21 de enero de 2015, pues de acuerdo con reiterada jurisprudencia, las declaraciones contenidas en estas diligencias no configuran confesión o prueba de una relación laboral. Al respecto, considera oportuno el juzgado recordar las

sentencias proferidas por la corte suprema de justicia, en su sala de casación laboral dentro de los radicados 17936 del 3 de noviembre de 2010 y 13400 del 26 de mayo del 2000; en las cuales esa corporación manifestó que las afirmaciones hechas por las partes en una audiencia de conciliación no constituyen confesión ni pueden esgrimirse como tal. Aunado a lo anterior, en diligencia pasada, rindió testimonio el señor Miguel Ángel Prieto, quien señaló ser el yerno de la señora Hilda Irene, sin embargo, de su dicho, nada concreto y certero puede extraer el juzgado frente a la relación laboral contractual, existente entre la demandante y precedo sas. Nótese como el testimonio del señor Prieto señala que todo su relato lo da debido a que la demandante le contaba, mas no porque él hubiese presenciado alguna situación particular, indicó que la demandante había empezado a trabajar a inicios del año 2014 en precedo, pero que ellos le habían a faltar por varias cosas, que sabe que lo que sucedió con la demandante, pues junto con su esposa e hija de la actora, Pilar Aldana, y ella Vivian en la misma casa, y la señora Hilda les había empezado a contar que le incumplían con los pagos por lo que había empezado a enfermarse. Que lo que el si sabía o que si había hecho era una reclamación a la empresa a mediados de diciembre de 2014 por el incumplimiento a la demandante, por lo que se observa que el testimonio ninguna certeza ofrece respecto a la relación laboral contractual entre las partes. Ahora bien, los comprobantes de nomina no tienen ninguna prueba que respalde que efectivamente en esas fechas que allí se indican, la señora Hilda hubiera prestado algún servicio a precedo s.a.s. así las cosas, para el juzgado, se reitera, ninguna certeza frente a la relación laboral existente entre las partes reposa, ni la prestación personal del servicio y tampoco los extremos que la misma se desarrollo si es que así fue, razón por la cual se absolverá a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Sin costas en esta instancia. En mérito de lo expuesto el juzgado 4 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve…"

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, y dando alcance al grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, esta Colegiatura entrará a establecer si en el presente caso se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral en los términos alegados por la activa, o si por el contrario, se deberá confirmar la absolución impartida por la Juez de Primer Grado.

Así las cosas, se encuentra que el artículo 24° del C.S. del T. y de la S.S. consagra categóricamente una presunción legal: *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo".* La anterior máxima representa por supuesto, una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario.

Su virtud consiste en relevar al trabajador de la carga de la prueba sobre la naturaleza de la prestación del servicio considerando ésta de carácter laboral. En consecuencia, quien pretenda alegar que una eventual prestación personal de un servicio se dio bajo una modalidad contractual diferente a la laboral, deberá probarla, esto es, desvirtuar la presunción antedicha demostrando que la prestación personal del servicio tuvo origen en un contrato ajeno al ámbito laboral.

Sin embargo, en el presente asunto no opera la presunción, pues no se encuentra acreditado el hecho indicador teniendo en cuenta que de la testimonial practicada, como bien lo indicara la Juez, no se acreditó la prestación personal de un servicio, ya que señaló que su conocimiento lo obtuvo, por los comentarios que le hacía la propia demandante; así mismo en los comprobantes de nómina, allegados a folios 21 a 23, se indica el nombre de 2 empresas diferentes, así como aparee el nombre de la actora con 2 números de cédula distintos y sin que dichos documentos estén suscritos o de alguna manera se pueda establecer que efectivamente provienen de la demandada.

Así las cosas, en el expediente no existe prueba alguna que permita inferir, una actividad subordinada por parte de la actora. Igualmente en el presente proceso tampoco aparece prueba alguna que lleve a esta Sala a la certeza de las afirmaciones, en relación a los extremos temporales durante los cuales, afirma la actora haber prestado sus servicios para la demandada y menos aún, lo atinente al salario devengado; lo anterior impide el estudio de lo pretendido, máxime si se tiene en cuenta que

respecto del salario devengado por la demandante sólo obra su afirmación, no siendo suficiente al efecto pretendido como lo manifiesta el recurrente.

Así las cosas, la presunción contenida en el precitado artículo 24 CST., según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; no operó en esta oportunidad, ante la ausencia de prueba que acreditara el supuesto requerido al efecto esto es, la concurrencia de los elementos característicos de una relación de trabajo personal, que no confluyeron en esta oportunidad según lo analizado en precedencia, no siendo posible determinar las circunstancias modales propias de la relación laboral que se invoca ni siquiera sus extremos temporales de vigencia, demostraciones que eran indispensables para el reconocimiento invocado, orfandad probatoria que impone **confirmar** la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 02-2017-607-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ERIKA NATHALIA AHUMADA ARIZA
DEMANDADO: BUREAU VERITAS LTDA Y TECNICONTROL S.A.S, que integran el consorcio GRUPO BUREAU VERITAS – TECNICONTROL

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de noviembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de éste, alegaciones por la parte demandada.

ANTECEDENTES

La señora Erika Ahumada por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre ella y las demandadas existió contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de mayo de 2013 y el 30 de septiembre de 2014, recibiendo como salario la suma

de $3.000.000, y que los conceptos incluidos en el llamado paquete de beneficios, tales como auxilio de alimentación, de transporte, auxilio de salud, de vivienda, constituyeron salario; que como consecuencia de lo anterior, una vez se declare el valor del salario real, se condene a las demandadas solidariamente al pago de la diferencia o mayor valor de la prima legal, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago de intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa; así mismo, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el ajuste de aportes pensionales, la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada a partir del 7 de mayo de 2013 y hasta el 30 de septiembre de 2014, data en la convocada lo dio por terminado sin justa causa; que el cargo desempeñado era el de abogada adjunta en el proceso de fiscalización, realizando siempre sus labores en la ciudad de Bogotá, que sus acreencias laborales se liquidaban sobre la base salarial de $1.800.000 como las cesantías, que siempre percibió como salario la suma de $3.000.000; que entre las partes nunca se acordó las sumas que no constituían salario, entre lo fundamental.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción (fls.98 a 113), oponiéndose a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2 a 7 y negó los demás referentes a las empresas que conforman el consorcio GRUPO BUREAU VERITAS – TECNICONTROL, el salario a tener en cuenta en la liquidación final del contrato, las cesantías, el valor del salario, el acurdo de exclusión salarial, y el objeto social de Bureau Veritas Colombia Ltda. Aceptó que le pagaba una prima de desempeño con incidencia salarial.

Como excepciones previas formuló las de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva (con BVQI COLOMBIA LTDA) e ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones; de mérito formuló las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y, nadie puede alegar a su favor su propia culpa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada todas las pretensiones de la demanda e impuso costas a cargo de la demandante.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando, en síntesis, lo siguiente:

> Los problemas jurídicos a resolver conforme se determinó en la fijación del litigio son: determinar si entre la demandante y las demandadas existió un contrato de trabajo a término indefinido, que inicio el 7 de mayo de 2013 y finalizó unilateralmente por el empleador el 30 de septiembre de 2014 y que durante dicho lapso devengó como salario mensual la suma de $3.000.000, igualmente establecer si las sumas denominadas paquete de beneficios constituyeron parte del salario y como consecuencia de ello, dilucidar si a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las acreencias deprecadas en la demanda, tales como diferencias de primas de servicio, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y por los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, junto con los intereses de mora, el pago de las indemnizaciones por no pago de los intereses a las cesantías por terminación unilateral del contrato sin justa causa, moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y la consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, finalmente el pago de la indexación y lo que resulte probado de acuerdo a las facultades ultra y extra petita. Sin embargo, conviene precisar que aunque en la fijación del litigio se determinó como problema jurídico a resolver lo concerniente a la existencia de la relación laboral, lo cierto es que las aquí demandadas de manera unánime y coincidente al contestar la demanda, aceptaron la existencia de un contrato de trabajo entre ellas y la demandante Erika Natalia Ahumada Ariza, de igual forma, admitieron los extremos temporales invocados en la demanda por tanto tal circunstancia es suficiente para declarar que entre las partes intervinientes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 7 de mayo de 2013 al 30 de septiembre de 2014, máxime cuando ello se encuentra ratificado con la certificación laboral expedida por el consorcio demandado de fecha 30 de septiembre de 2014, visible a folios 25 del expediente. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la terminación unilateral del contrato de trabajo realizada sin justa causa por su empleador, debe decirse que de acuerdo con los criterios de la carga de la prueba establecidos en el artículo 67 del código general del proceso, el cual al trabajador le corresponde acreditar el despido o la terminación del contrato por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley y a la demandada le incumbe probar de manera suficiente y sin lugar a equívocos que la terminación del contrato se dio por una justa causa, para lo cual debe demostrar la ocurrencia de los hechos que motivaron la rescisión del contrato y que los mimos son justa causa para ello. A su turno el parágrafo del artículo 64 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el artículo 7 del decreto 2351 de 1965, dispone: La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa

determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos." Sobre este puntual aspecto, la honorable corte suprema de justicia, sala laboral, en sentencia del 10 de octubre de 2018, radicado 71116, magistrada ponente doctora Clara Cecilia Dueñas, señaló: "luego, el hecho de que el ad quem dedujera que los actos cometidos por el demandante se circunscribían a las causales ya mencionadas, no tiene la virtualidad de quebrar su determinación, pues como ha sostenido la sala, basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador y que dieron lugar a su despido, de manera que le permitan en ese momento conocer los móviles que generaron esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna, correspondiéndole al juez de trabajo verificar si dichos motivos invocados están o no tipificados en el ordenamiento legal aplicable, sentencia sl16219 de 2014. Precisamente dicha corporación en la sentencia en la que se remitió en tal pronunciamiento, la sl16219 de 2014 dijo: "sin embargo, no obstante, la sociedad demandada no citó la norma completa en que subsumen los hechos, tal como lo puso de presente el tribunal debe anotarse que ello no es imperativo conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la sala, pues basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador y que dieron lugar a su despido, de manera que le permitan en ese momento conocer los móviles que generaron esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna correspondiéndole al juez de trabajo verificar si dichos motivos invocados están o no tipificados en el ordenamiento legal aplicable, al respecto en sentencia de la corte suprema de justicia, sl 1 de julio de 2014, radicado 22041 se precisó: acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vinculo laboral, la sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual que fue lo que sucedió en este caso donde la caja de compensación accionada se limitó a expresar los hechos que dieron lugar a su determinación, tal cual se infiere en la misiva del despido." Así las cosas, se tiene que el contrato de trabajo suscrito entre las partes, finalizó por decisión unilateral de las demandadas, tal como lo aceptaron al dar la contestación al hecho 3 de la demanda y así se desprende la carta de terminación de fecha 30 de septiembre de 2014, obrante a folios 26, en la que comunican a la trabajadora la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, con fundamento en lo establecido en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo en atención al proceso de reestructuración que se ha venido analizando desde hace varios meses, que con ocasión de los resultados económicos que ha tenido el proyecto, por lo que la empresa pagaría la correspondiente indemnización junto con su liquidación de prestaciones sociales. En ese orden, observa el juzgado que la empresa aceptó la forma injusta como se terminó el contrato de trabajo de la demandante y por ello pagó a su trabajadora la suma de $2.504.042 por concepto de indemnización por terminación unilateral de la relación laboral, como bien se observa del contenido de la liquidación definitiva de fecha 8 de octubre de 2014, visible a folio 149 del expediente, valor que resulto a tomar como base el salario de $1.976.875 por tanto en principio no habría lugar al pago de la indemnización alguna, no obstante previo a efectuar un análisis al respecto, el juzgado analizara lo relacionado con el verdadero salario devengado por la trabajadora y sobre el cual debían liquidarse sus acreencias laborales, entre ellas, la indemnización que aquí se estudia. Al respecto, el artículo 127 del código sustantivo del trabajo dispone que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones." A su vez el artículo 128 ibidem, establece que pagos no constituyen salario y dispone: "No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como

gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad." La demandante reclama en su demanda que se tengan como salario mensual la suma de $3.000.000 y que sobre ese monto se reliquiden sus acreencias laborales, vale decir incluyéndose el básico de 1.800.000 y las sumas recibidas por concepto de auxilio de alimentación por la suma de $240.000, auxilio de transporte por $240.000, auxilio de salud por $240.000 y auxilio de vivienda por la suma de $480.000, por considerar que tales beneficios constituyen salario, factor salarial, al no haberse excluido expresamente por las partes. De las pruebas recaudadas en el plenario y que son relevantes para resolver la litis, se tienen las siguientes: de un lado, el contrato de trabajo suscrito entre las partes el día 7 de mayo de 2013, folios 15, 23 y 114-122, se desprende que en la cláusula 6 se pactó que la remuneración mensual de la trabajadora sería la de $1.800.000 y en su cláusula 7, las partes pactaron un acuerdo de exclusión salarial, en el que estipularon textualmente: "las partes pactan a través del presente documento que cualquier beneficio o auxilio bien sea de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria del trabajador y su familia, así como cualquier otro auxilio habitual u ocasional, alimentación, transporte, alojamiento etc. Acordado convencional o contractualmente u otorgado en forma extralegal por el empleador no constituiría salario en dinero o en especie para efectos de liquidación, es decir, podrá excluirse la base de cómputo para la liquidación de conceptos laborales tales como prestaciones sociales, indemnizaciones etc. De conformidad a lo establecido en el artículo 128 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990." Así mismo, la clausula adicional del referido contrato contrario a lo dicho por la actora en su demanda se acordó: "las partes en virtud de lo dispuesto en el artículo 128 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, acuerdan que el trabajador tendrá un portafolio de beneficios conformado por auxilios extra legales no constitutivos de salario, el cual se detalla a continuación: portafolio de beneficios, auxilio de alimentación $240.000, auxilio de transporte $240.000, auxilio de salud $240.000 y auxilio de vivienda por $480.000, parágrafo primero, los auxilios extralegales que conforman el portafolio de beneficios y los montos indicados solamente podrán ser modificados por manifestación expresa y escrita por las partes, mediante otrosí debidamente suscrito, parágrafo 2, las partes acuerdan de manera expresa que la presente clausula primera adicional contiene en su totalidad los auxilios extralegales no constitutivos de salario que conforman el portafolio de beneficios, cualquier otro auxilio o beneficio de cualquier índole que no se encuentre estipulado en las clausulas adicionales del presente contrato se entiende expresamente excluido e inexigible a partir de la fecha, en cualquier caso cualquier otro pago o beneficio diferente al planteado en el presente contrato, será considerado como no constitutivo de salario a la luz del artículo 128 del código sustantivo de trabajo aquí mencionado." En la certificación laboral expedida por el consorcio demandado, visible a folios 24, se dejó constancia que la demandante percibía una asignación salarial mensual de $1.800.000, y un paquete de beneficios compuesto por un auxilio de alimentación, auxilio de transporte, auxilio de salud y un auxilio de vivienda por los valores que precedidamente cité. De los comprobantes de nómina, visibles a folio 123 a 139 del plenario, correspondiente a toda la vigencia de la relación laboral, se observa que la demandante recibió todos los meses un salario básico de $1.800.000 y auxilios de alimentación por $240.000, de transporte por $240.000, de salud por $240.000 y de vivienda por 480.000, además se observa que recibió una prima de desempeño en octubre de 2013, por la suma de $1'400.000, diciembre de 2013 por $240.000, enero de 2014 por $30.000, febrero de 2014 por $42.500, marzo de 2014 por $25.000, abril de 2014 por $12.500, mayo de 2014 por $50.000, junio de 2014 por $165.000, julio de 2014 por $82.500, agosto de 2014 por $45.000, y septiembre de 2014 por $30.000. Es de aclarar que la trabajadora en este proceso no reclama que las sumas pagadas como prima de desempeño sean consideradas como factor salarial, a lo que debe adicionarse que la misma demandada admitió que tal prima de desempeño hacia parte del salario de la

trabajadora y por ello lo incluyó como base para la liquidación de las acreencias laborales pagadas en la respectiva liquidación del contrato. Aunado a lo anterior, a folio 149 del expediente reposa liquidación definitiva de contrato de trabajo en el que se refleja un salario básico de $1.800.000, no obstante para la liquidación de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa se tuvo como base la suma de $1.976.875, para la liquidación de prima de servicios se tuvo en cuenta el salario de $1.852.500, para la liquidación de las cesantías, el de $1.853.611, y para los intereses sobre las cesantías la base de $1.390.208 para un total a pagar de $5.585.864, dinero que fue pagado mediante cheque, como se observa a folio 150 del expediente. De otro lado se recepciona el interrogatorio de parte de la demandante, en el que aceptó que firmó el contrato de trabajo que reposa en el expediente en el que se pactaba un salario básico de $1.800.000 y un portafolio de beneficios compuesto por auxilios de alimentación, transporte, salud y vivienda, que eran excluidos de la base salarial. A su vez, los señores Paola Osorio Bonzual y Liliana Samantha Buitrago Higuera, Nubia Esther Daza Heredia y Hernán Valencia Cruz quienes laboraron en la entidad demandada, manifestaron de manera coincidente que la demandante era abogada adjunta del consorcio demandado, que su salario mensual estaba distribuido en un básico de $1.800.000 y unos auxilios que estaban excluidos de factor salarial por la suma de $1.200.000, además Paola Liliana Osorio González y Liliana Samantha Buitrago Higuera agregaron que la demandante utilizaba transporte público para acudir a su trabajo, aunque se contradijeron al decir que ambas viajaban con la actora de regreso a casa en el Transmilenio, pues niegan que se encontraban las 3, lo que resulta ilógico pues, si las dos viajaban con la demandante debieron encontrarse entre ellas, de otro lado, estas testigos mencionaron que el cargo desempeñado por la demandante era el de menor jerarquía dentro de la compañía. Por su parte, la testigo Nubia Esther Daza Heredia explico que el paquete de beneficios que tenía la demandante era para que los destinara en los conceptos allí determinados, y que además le pagaba una prima de desempeño la cual si constituía factor salarial, pues retribuía directamente la prestación del servicio y variaba según el nivel de productividad. Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, fácil resulta concluir que las sumas pagadas por el consorcio demandado a su trabajadora por concepto de auxilio de alimentación por $140.000, auxilio de transporte por $240.000, auxilio de salud por $240.000 y auxilio de vivienda por $480.000 no constituyen salario en los términos del artículo 128 del código sustantivo de trabajo, pues aunque eran pagadas de manera habitual como se desprende de los comprobantes de nómina, lo cierto es que tales beneficios fueron acordados contractualmente por las partes, pues en el contrato de trabajo suscrito entre ellas pactaron expresamente que esos auxilios que componen el paquete de beneficios otorgado por la empresa no constituyen salario, y así se desprende la cláusula 6 y 7 la cláusula adicional del contrato, como bien lo permite la parte final de dicha normativa. Ahora, si bien la demandante en su interrogatorio de parte menciona que solo momentos previos a la firma del contrato de trabajo advirtió que el salario prometido telefónicamente por la demandada estaba distribuido en una parte básica y otra excluida de factor salarial, lo cierto es que para el instante de sus suscripción tenia pleno conocimiento de que los auxilios extralegales que componía el paquete de beneficios lo haría en parte de su salario y aun así lo firmó, lo que para ella era perfectamente oponible dada su calidad de abogada y además según se observa en su hoja de vida visible a folios 152 y siguientes para la firma del convenio contractual tenía experiencia en procesos laborales y de seguridad social y manejo de la legislación laboral por lo que no podría alegar ignorancia al respecto. Lo anterior es suficiente para absolver a la demandada de todas las suplicas de la demanda, pues dadas las resultas del proceso no hay lugar a la reliquidación de las acreencias laborales, ni a los reajustes de los aportes a la seguridad social, como tampoco el pago de las indemnizaciones pedidas en la demanda, pues estas últimas tenían como fundamento el pago de la reliquidación de las prestaciones y demás acreencias, tomando como base salarial la suma de $3.000.000, que incluía el básico de 1.800.000 y los auxilios extralegales por la suma de $1.200.000, no obstante como ya se dijo estos beneficios no corresponden a pagos constitutivos de salario. Por tanto, al no acreditarse que los auxilios pagados a la demandante constituyen factor salarial, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda. Excepciones. Dadas las resultas del juicio, el juzgado no entrará al estudio de las excepciones de mérito propuestas por la demandada.

Costas. Corren a cargo de la parte demandante, dentro de las que deberá incluirse como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE:

Que no se comparte la decisión a la que arriba el despacho en el sentido y como se vino manifestando durante todo el proceso que existe una bajo el principio de la primacía de la realidad, efectivamente se trataba de un pago habitual, que si bien es cierto y como acertadamente lo manifiesta el despacho, hubo un pacto que quedo consignado en un contrato, es una posición que va muy de la mano del derecho civil y no del derecho laboral, sustento lo anterior con base en el artículo 53 de la constitución política frente al principio de la primacía de la realidad y quisiera hacer énfasis en punto de la sentencia sl5159 de 2018, radicación 68303, de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, quien desde el punto de vista de los criterios para delimitar el salario y en punto de las cargas probatorias que tiene la empresa hay una inversión de la carga de la prueba cuando queda establecido dentro del proceso que el pago por ejemplo como en este caso era habitual. Si bien es cierto, existen dentro del denominado paquete de beneficios unos auxilios por ejemplo el auxilio denominado auxilio de salud, quedo debidamente probado dentro del proceso de acuerdo a los testimonios que se rindieron acá, de que la empresa nunca afilio a un plan distinto complementario, un servicio de salud que fuera diferencial al que ya por ley tenían de acuerdo a la ley 100 y a los aportes a la eps. Entonces, esos $240.000 simplemente iban ingresando de manera habitual y mensual en el peculio de la trabajadora, queda también probado dentro del proceso y haciendo énfasis en lo que tiene que ver con la carga de la prueba, que en este caso es a la parte demandada quien tendría que haber probado por ejemplo en el tema de auxilio de salud, que tenían una destinación específica o que tenían por ejemplo un plan de beneficios. Frente al tema del, por ejemplo, del auxilio de vivienda, quedó también probado dentro del proceso, y de acuerdo a los testimonios que la trabajadora habitaba aquí en Bogotá, que ella no tuvo que desplazarse a ningún lado, que ella no tuvo que hacer ningún proceso de fiscalización, en ningún lugar en ningún trabajo de campo, sino que todo fue su trabajo de oficina, esos $480.000 que recibía de forma habitual y que le pagaban de manera mensual, la empresa nunca, primero que todo, le hizo un seguimiento, no demostró la destinación específica, sino que simplemente se limitó a entregarle el dinero, en este caso que la empresa tiene la obligación en este tipo de casos y de acuerdo a ese precedente y los que nombré en los alegatos de probar que esa destinación tiene una causa no remunerativa, desde el punto de vista del transporte, me parece que hay una valoración errada de los testimonios de las dos abogadas que fueron compañeras de trabajo, en ningún momento se puede colegir de que no se iban siempre ellos dijeron dentro de los testimonios que a veces unas se iban y que a veces se iban otras, no necesariamente todas las veces se tenían que ir, entonces, no podría decir que hubo una contradicción ahí en punto de la pregunta de que si viajaban siempre, sino que simplemente es normal en un trabajo que algunos salen al Transmilenio y otros no, resaltando desde el punto de vista de los pagos también queda probado dentro del proceso que había un pago de $240.000 y también queda probado de que se iban en Transmilenio además es algo normal aquí en Bogotá que uno viaje en Transmilenio para ir a trabajar, acudiendo a las reglas de la experiencia, no había un transporte especial, un taxi contratado, un servicio de uber que se yo, para que los trabajadores pudieran ir a prestar su servicio. Ya en lo que tiene que ver con el auxilio de alimentación, entonces igual, la empresa nunca verificó, quedo probado aquí dentro del proceso, la misma gestión de personal y los testigos que ellos traían y los testigos que nosotros trajimos, no había un seguimiento de cuál era la destinación que se le hacía a este dinero, entonces en virtud del precedente jurisprudencial frente a la carga de la prueba, su señoría, algo que quedó

debidamente sustentado fue que había un pago habitual de $3.000.000 y que ese pago habían unas sumas que fueron reconocidas que eran pagos adicionales por salud, alimentación, transporte y vivienda y también quedó totalmente demostrado de que la empresa ni hizo ninguna destinación, ni hizo ninguna verificación para que así lo fuera. En razón a esas manifestaciones, a estas consideraciones, y sentado desde ya mi deseo de ampliar ante el superior jerárquico de concederse el recurso las argumentaciones, solicito se conceda primero que todo el recurso y solicito a los magistrados del tribunal que se revoque la decisión tomada, que en razón al principio de la primacía de la realidad se le de valor salarial a esas sumas pactadas en un contrato y también para la jurisprudencia es claro, hay muchos contratos de prestación de servicios y hay una serie de contratos que en razón a la situación fáctica real, pues no queda otro camino sino que declarar que efectivamente existió eventualmente una relación laboral y que x o y suma de dinero es constitutiva de salario, y en razón a eso se acceda a cada una de las pretensiones declarativas y a cada una de las condenas en el entendido también del obrar de mala fe a nuestro parecer de la parte demandada.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, en consonancia con los puntos de inconformidad a saber: Que conforme el principio de la primacía de la realidad quedó probado que los pagos efectuados conforme el denominado paquete de beneficios ingresaron al patrimonio de la trabajadora por tratarse de pagos habituales, por ejemplo que, en el reconocimiento de salud no quedó demostrado que la actora gozara de algún plan complementario, que en cuanto al de vivienda ella nunca ejerció su labor en otro lugar distinto a Bogotá, y que así ocurrió con los demás conceptos que a su parecer era conceptos con incidencia salarial, lo cual se demostró con las pruebas testimoniales que cada uno de esos conceptos que se están excluyendo del salario no cumplieron su destinación sino que eran para enriquecer a la demandante.

Sea lo primero advertir que, el recurso de apelación gira en torno a la inconformidad al no dársele la connotación salarial a los conceptos que integraron el denominado “pacto de beneficios”, que, de ser así, otra hubiese sido la suerte del proceso, y no la absolución de las demandadas.

Al respecto, el artículo 128 del C.S.T., modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, establece los pagos que no constituyen salario:

> *"No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones, o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."*

Es decir, que de una exploración simple de la norma que da la posibilidad que algunos conceptos reconocidos por el empleador no constituyan salario, se colige con claridad que, primero, no por simple hecho que sean habituales tales beneficios o auxilios adquieran automáticamente la connotación salarial, y segundo, que el legislador previó la posibilidad que entre empleador y trabajador se acuerde que aquellos no constituyan salario.

Es así que, en reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia en su especialidad laboral, ha expresado que al interior de los acuerdos de desalarización, es necesario que con precisión o exactitud sean expresados los pagos de los que se pretende restarle esa incidencia salarial, es decir, que no haya lugar a interpretaciones diversas a la hora de concretar los pagos y conceptos que son o no factores de salario, criterio que también se encuentra en la sentencia SL986-2021 con radicación 70473 del 24 de febrero de 2021, en la que se reitera lo dicho en la sentencia SL4866-2020, en igual sentido:

> "[C]*omo se explicó en sede del recurso extraordinario, este tipo de pactos debe individualizar o concretar cuáles pagos propios de la relación laboral existente entre las partes no son salario, debido a la trascendencia que tiene este tipo de exclusiones, y no simplemente acudir a expresiones generalizadas de las que pueden surgir interpretaciones diversas sobre los pagos que realmente fueron separados de incidencia salarial, como al final aquí ocurrió, pues esa alusión a "gastos de viaje" en la labor desempeñada por el trabajador, como lo es conducir un vehículo automotor de transporte de pasajeros intermunicipal, da lugar a diferencias entre los contratantes, sobre si allí quedaron comprendidas las erogaciones en que incurrió el trabajador en sus desplazamientos, o si comprendía los gastos de la operación del vehículo, o los dos conceptos.*

> *De manera que si emerge la duda sobre los pagos que hacen parte del pacto de exclusión salarial, como se explicó en la sentencia CSJ SL1798-2018, tal situación se resuelve en favor de la regla general, esto es, que, para todos los efectos, el estipendio económico es retributivo del servicio, y por lo tanto, con incidencia prestacional."*

Lo anterior quiere decir que, los pactos o acuerdos de exclusión salarial si son posibles en la medida que no contraríen el concepto vital del salario, puesto que no pueden ser utilizados para ocultar pagos que retribuyan directamente el servicio prestado por el trabajador, de ahí la necesidad que tales convenios no permitan dudar si tales reconocimientos tuvieron incidencia salarial o no, so pena que se tangan como remunerativos de la labor.

Ahora bien, en el presente caso, a folios 15 a 23 del plenario obra contrato de trabajo suscrito entre las partes, en el que se expresó en cláusula adicional y en lo que interesa a la controversia, lo siguiente:

> *(…)*
> *CLAUSULA ADICIONAL*
> *PRIMERA: Las partes en virtud de los dispuesto en el artículo 128 del C.S.T. (…) acuerdan que el trabajador tendrá un PORTAFOLIO DE BENEFICIOS conformado por auxilios extralegales no constitutivos de salario, el cual se detalla a continuación: PORTAFOLIO DE BENEFICIOS: Auxilio de alimentación $240.000; auxilio de transporte $240.000; auxilio de salud $240.000; y auxilio de vivienda $480.000.*
> *Parágrafo 1. Los auxilios extralegales que conforman el PORTAFOLIO DE BENEFICIOS y los montos indicados, solamente podrán ser modificados por manifestación expresa y escrita de las partes mediante OTRO SI debidamente suscrito.*
> *Parágrafo 2. Las partes acuerdan de manera expresa que la presente CLAUSULA PRIMERA ADICIONAL contiene en su totalidad los auxilios extralegales no constitutivos de salario, que conforman el PORTAFOLIO DE BENEFICIOS, cualquier otro auxilio o beneficio de cualquier índole que no se encuentre estipulado en las cláusulas adicionales del presente contrato se entiende como expresamente excluido e inexigible a partir de la fecha. En cualquier caso, cualquier otro pago o beneficio diferente al planteado en el presente contrato será considerado como no constitutivo de salario a la luz del artículo 128 del C.S.T. aquí mencionado.*
> *(…)*

Así las cosas, en el presente asunto lo que guía la solución al caso concreto es la determinación si la precitada cláusula adicional corresponde a un verdadero pacto de exclusión salarial o no, frente a lo cual, considera la Sala que no hay duda sobre ello, esto es, que, el acuerdo entre las partes por los

conceptos reconocidos por el empleador descritos en el portafolio de beneficios no tenían la connotación salarial que se persigue, es decir, en ello no hay confusión, además que, el salario pactado ascendía a la suma de $1.800.000 más el valor reconocido por la demandada también como salario correspondiente a la prima de desempeño, sin que resulte necesario entonces, ahondar en los criterios para determinar si los factores integrantes del mentado portafolio de beneficios tenían o no incidencia salarial, pues se reitera, de lo que se trataba era de establecer la validez de aquella cláusula adicional, convenio que por cierto, no desconoce derechos laborales de la promotora, tal como se reafirma con oportunidad de los alegatos de segunda instancia, en donde la demandada manifiesta obrar de buena fe y conforme el artículo 128 del C.S.T., sin que el denominado portafolio de beneficios tenga incidencia salarial, y en consecuencia, la decisión de primera instancia será confirmada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 02-2017-107-02
ASUNTO: CONSULTA
DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA MACIAS SIERRA
DEMANDADO: SINTRAEMSDES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de octubre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de éste, alegaciones por la parte demandante y demandada.

ANTECEDENTES

La señora Martha Patricia Macías Sierra por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre ella y las organizaciones sindicales demandadas existió contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de enero de 2013 y el día 28 de febrero de 2015, desempeñando el cargo de secretaria, y que el mismo terminó sin justa causa; como consecuencia de lo anterior, pretende el pago de vacaciones y primas de

servicios para el periodo entre enero de 2014 a enero de 2015, cesantías del año 2014 y del periodo proporcional del 2015, intereses a las cesantías del 2014 y en proporción del 2015, salarios, auxilios de transporte y educacional del año 2015, prima extralegal a la terminación del contrato, indemnización por despido sin justa causa, la establecida en el artículo 65 el C.S.T. y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación y costas del proceso (fls.140 a 142).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició a laborar para la subdirectiva de la seccional Bogotá de la organización sindical SINTRAEMSDES el día 1 de mayo de 2013, mediante contrato de trabajo para ocupar el cargo de mensajera, con un salario mensual de $850.000, cumpliendo el horario de lunes a viernes de 08:00 a.m. a 05:00 p.m.; resalta que a partir del mes de octubre de 2013 al interior de la seccional se conformaron dos juntas directivas, que pese a la controversia jurídica, la demandante continuó prestando sus servicios hasta el día 28 de febrero de 2015, fecha en la que se le comunicó por medio de oficio N°080 la terminación del contrato sin justa causa. (fls.135 a 139).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción (fls.227 a 245), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 9, 14, 15 y 19, referentes a la existencia de la organización sindical, las personas que la integraban para el día 9 de octubre de 2013, la comunicación dirigida a la EAAB ESP sobre la nueva junta directiva, el cierre de la sede ubicada en el Centro Nariño y la elección de los nuevos dignatarios para el mes de mayo de 2014; aceptó parcialmente el numeral 12; manifestó no constarle los hechos del 27 al 37.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada al declarar probada la excepción de mérito denominada *falta de causa para demandar;* e impuso costas a cargo de la demandante en suma de la mitad del SMLMV.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando, en síntesis, lo siguiente:

> "En el presente asunto al demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con el sindicato SINTREMSDES a partir del 1 de mayo de 2013 y en consecuencia se ordene el pago de vacaciones y prestaciones sociales adeudadas; sobre la existencia del contrato de trabajo, resalta que la demandada niega la prestación del servicio a su favor por la demandante, ya que para el 9 de octubre de 2013 la junta directiva se encontraba representada por otros dignatarios; que la jurisprudencia ha destacado que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta es la subordinación de quien presta su fuerza de trabajo por una contraprestación entendiendo que los demás elementos concurren en cualquier contrato de naturaleza laboral, civil o comercial.
>
> Que en sentencia radicación 36549 del 05 de agosto de 2009 (…) que de acuerdo con dicho pronunciamiento que reza sobre la subordinación jurídica y la presunción del contrato de trabajo con la prestación personal del servicio conforme al artículo 24 del C.S.T., a la actora le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato, y que es el empleador al que le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.
>
> Que, sin embargo, lo anterior no significa que el trabajador quede relevado de aportar otras pruebas, que corresponde al trabajador probar el hecho en que la presunción del artículo 24 ibídem se funda, también los extremos temporales de la relación de trabajo, el monto del salario, la jornada laboral, tiempo suplementario en caso de ser alegado, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por la terminación del vínculo; que conforme los artículos 22 a 24 del C.S.T., en el caso concreto, se impone para la demandante la carga probatoria de demostrar la prestación personal del servicio, para tal efecto se tiene en cuenta copia del contrato de trabajo suscrito por la demandante con quien aparece como representante legal del sindicato el señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ, terminación del contrato de trabajo suscrita por LUIS ORLANDO QUIROGA RODRIGUEZ, presidente 2014-2018, desprendibles de pago de nómina del año 2014, solicitud de auxilio educativo presentado por la demandante, relación de horas extras, oficio del 21 de octubre de 2013 del presidente nacional de SINTRAEMDES a la gerencia de la EEAB ESP sobre el reconocimiento de la junta directiva de la seccional Bogotá, copia certificación expedida por el Ministerio del

Trabajo de conformación con las juntas directivas del sindicato seccional Bogotá del 2011 al de 29 de abril 2014, constancias de depósito ante el Ministerio del Trabajo, resoluciones 176, 181, 189, 182, 190, 183, 191, 003, 002, que trata sobre la expulsión del sindicato, ratificación de la expulsión sanción por inhabilidad, expulsión de delegados locales y nacionales, a fundadores de SINTRASERPURCOL, ratificación de la junta SINTREMDES subdirectiva Bogotá por la Asamblea; resoluciones 187 del 27 de marzo de 2014 en la que se reconoce la sudirectiva Bogotá del 9 de octubre de 2013,convocatoria a la asamblea para el 21 de mayo de 2014; interrogatorio de parte de la demandante quien afirmó no haber prestado servicios para los años 2014 – 2015, para SINTRAEMDES Bogotá representada por Martín Quijano, pero sí, cuando él estaba en la junta directiva quien era uno de sus jefes, que trabajó con él hasta el 2013 y que en octubre SINTRAEMDES se dividió y él pasó a ser directivo de la otra parte, pero que Martín Quijano y Nelson Castro pertenecían a la junta directiva y que Nelson Castro en su momento era el presidente y que luego pasó a ser el señor Orlando de quien no recuerda su apellido; que inició a trabajar con la subirectiva en la parte de atrás de la empresa de acueducto, que se identifica con la oficina de los vidrios, que para ella esa era la oficina principal, que no prestó servicios en la nueva sede ubicada en el segundo piso de la EAAB; que trabajaba para la subdirectiva SINTRAEMDES independientemente de los inconvenientes que tuvieran y de quien fuera en ese momento el presidente, que no asistió a las reuniones informativas, porque era mensajera y no directiva, que para los años 2014 y 2015 recibió órdenes de Luis Quiroga por ella trabajaba para la subdirectiva y que Orlando era el presidente; que la terminación del contrato no le pagaron indemnización alguna y que el señor Marín Quijano pasó un documento para que se congelaran las cuentas y que por ello hubo inconvenientes para los pagos, que tuvo conocimiento de la elección de la junta para el año 2014, pero como mensajera no tenía acceso a documentos, que los salarios se los pagaba el señor Arquímedes tesorero en ese momento, en cuanto a su despido indicó que no se justifica y que se sostuvo ahí a pesar que no tenía sueldo y que en el mes de febrero de 2015 el señor Orlando por pasar la carta de despido y que no le cancelaron salarios ni prestaciones sociales.

Testimonio de Martín Quijano Arias quien es el presidente de la subdirectiva Bogotá quien señaló no conocer a la demandante, que nunca la vio laborando para la organización sindical, que a partir del 9 de octubre de 2013 fungía como presidente el señor Fernández hasta el 2018, y a partir de ese año funge como presidente; que la organización ha funcionado en las instalaciones de la EAAB segundo piso área comercial, que no ha visto allí a la demandante ni a Miguel Quiroga, quien era presidente de acuerdo al acta de depósito de octubre de 2013; que a partir del 9 de octubre de 2013 se comunicó la modificación de la junta directiva en la asamblea general de trabajadores; que la decisión fue publicada en todas las sedes de la EAAB, que la demandante nunca ha reclamado a la subdirectiva el pago de sus derechos, que a partir del 9 de octubre de 2013 no se impartió órdenes a la demandante, ya que cuenta con mensajero quien es Gloria Ballesteros; que en cuanto a la carta de despido

y la firma que allí aparece, Orlando Quiroga Rodríguez señaló que fue miembro de la junta directiva y que fue expulsado en el año 2013 por la junta directiva nacional y la asamblea nacional de delegados conforme los estatutos por incurrir en irregularidades conforme la resolución 176 del 14 de noviembre de 2013; en cuanto al señor Nelson Castro indicó que fue directivo de SINTRAEMDES subdirectiva Bogotá hasta octubre de 2013, también fungió como presidente y fue expulsado, bajo resolución 189 del 27 de marzo de 2014; en cuanto a la ubicación de la sede señaló que la empresa les entregó un área comercial ubicada en el segundo piso donde funciona hace más de cinco años.

Clara Inés Barahona manifestó no conocer a la demandante, que, si la ha visto en la EAAB porque es trabajadora allí, que fue secretaría general desde el 9 de octubre de 2013 al 21 de mayo de 2014, y hasta el 2015 ocupó el cargo de vicepresidente, que nunca tuvo nexos con la demandante, que la subdirectiva funciona en el segundo piso área comercial de la EAAB y que nunca ha visto ingresar allí a la demandante; que la organización sindical funcionó desde 1990 al fondo de la empresa y que desde el 9 de octubre de 2013 funciona donde actualmente está; que nunca han funcionado de forma simultanea dos sedes de la subdirectiva, porque desde el 9 de octubre se solicitó sellar la anterior sede; que la junta directiva de la subdirectiva Bogotá a partir del 9 de octubre de 2013 quedó conformada por Miguel Fernández Quiroga como presidente, secretaria General Clara Barahona, tesorero Guillermo Corredor, fiscal María Eugenia Díaz, Martín Quijano de salud, derechos humanos Javier Millán, Jorge Frayle, Jenny Espitia secretaria de la mujer y la testigo era la secretaría general.

Que a partir del 21 de mayo de 2014 la conformó otra junta y el presidente era don Martín Quijano, que para el 20 de febrero de 2015 fecha de la carta del despido de la actora, éste último era el presidente; que frente a los pagos efectuados a la demandante y que aparecen en el proceso no hace parte de la documentación que se maneja en la organización sindical y que ella siendo secretaria no firmo ninguna nómina.

Sandra Consuelo Méndez quien también mencionó la nueva ubicación de la subdirectiva, que la demandante no ha prestado ningún servicio al sindicato, que nadie le asignó labores ni le ha impartido ordenes, que a partir del 9 de octubre de 2013 estuvo como presidente Miguel Ángel Fernández y después Martin Quijano y que con anterioridad a esa fecha no sabe quien estuvo, si Nelson Castro u Orlando Quijano, que escuchó que la anterior sede la habían cerrado.

Javier Millán García señaló no conocer a la demandante, reitero la ubicación donde funciona la organización sindical, que como afiliado y directivo no le consta que la demandante haya prestado algún servicio para la organización sindical, que para el 2014 el presidente lo fue Martín Quijano Arias y había otra persona como mensajera de la organización, que Luis Orlando Quiroga Rodríguez es trabajador de la empresa y expulsado de la organización sindical por malos manejos directivos.

Que, por las anteriores pruebas, la demandante fue contratada por la subdirectiva de Bogotá a partir del 1 de mayo de 2013 conforme se acredita con el contrato de trabajo suscrito con el señor Nelson Castro Rodríguez quien fungía como representante legal

de la mencionada subdirectiva como presidente, lo que se encuentra probado con la certificación expedida por el Ministerio del Trabajo a folio 47 del plenario donde se hace constar dicho cargo a partir del 3 de junio de 2011 y hasta el 10 de octubre de 2013 cuando se inscribe una nueva junta directiva en donde ya no se relaciona al citado, la demandada sostiene que a partir del 9 de octubre de 2013 la subdirectiva se encontraba por otros dignatarios diferentes al señor Nelson Castro Rodríguez, se reitera que para el 1 de mayo de igual año la presidencia se encontraba en cabeza del señor Castro, circunstancia que negó la demandada advirtiéndose que entre mayo y octubre de 2013 la actora si prestó sus servicios para la subdirectiva reconocida por la organización sindical nacional y por el Ministerio de Trabajo desvirtuándose lo dicho por la demandada quien con sus afirmaciones índice al error al juez, en punto que desde la misma fijación del litigio se llevó a establecer hechos que estaban probados en el proceso que no debieron ser debatidos, pues basta con observar los elementos de defensa, los documentos aportados y las alegaciones de la parte demandada para verificar que la controversia entre las justas directivas surgieron a partir del 9 de octubre de 2013 y no antes por lo que el Despacho no debió conocer del tal conflicto pues inició con anterioridad. Que a partir del 9 de octubre de 2013 cuando se presenta el conflicto al interior del sindicato la junta directiva de la subdirectiva de Bogotá ya no era representada por el señor Nelson Castro Rodríguez sino por Miguel Fernández Quiroga perdiendo total vigencia esa junta directiva de la subdirectiva de Bogotá, y por tanto la directiva nacional del sindicato no podía responder por las obligaciones que aquella hubiere adquirido, lo anterior quedó demostrado con la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca – Sala Laboral de fecha 22 de julio de 2019, Magistrada Ponente Martha Ruth Ospina Gaitán, mediante la cual en el numeral séptimo se dispuso decretar la cancelación de la inscripción en el registro sindical de algunas juntas directivas de la subdirectiva Bogotá de SINTRAEMDES por no ajustarse a los reglamentos internos de la organización, la junta directiva inscrita el 16 de octubre de 2013 siendo Nelson Castro presidente.

Que todos los documentos que aparecen suscritos por los integrantes de la junta directiva de la subdirectiva de Bogotá no comprometen la organización sindical como tal, toda vez que, las mencionadas juntas inscritas en el registro sindical en el Ministerio del Trabajo, perdieron su validez por decisión judicial y por tanto ninguno de sus miembros comprometía la organización sindical.

En consecuencia, para el Despacho tan solo el periodo laborado por la demandante desde el 1 de mayo y hasta el 8 de octubre de 2013 es el que está demostrado como laborado por la demandante para la subdirectiva de Bogotá legalmente inscrita y vigente para dicha época, ratifica lo anterior, el interrogatorio de parte a la actora al manifestar que ingresó a laborar en las oficinas ubicadas en la parte de atrás de la EAAB la oficina de los vidrios, que para ella esa era la oficina principal, y que después del 9 de octubre de 2013 no prestó servicios en la nueva sede de la subdirectiva Bogotá ubicada en el segundo piso de la EAAB; con base en los extremos temporales anteriores, el Despacho procedió al estudio de las demás pretensiones de la demanda

no sin antes indicar que lo reclamado lo fue para los periodos de 2014 y 2015 lapso para los cuales la demandante no laboró para la organización sindical, pues tan solo quedó probado el vínculo laboral desde el 1 de mayo al 9 de octubre de 2013, y por ello, la demandada no debe responder por los derechos peticionados ya que a partir de la fecha antes citada no era trabajadora de la demandada y se absolverá de tales pretensiones.

Que no hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa, ya que no se demuestra que la trabajadora haya sido despedida por quien representaba a la organización sindical para el 9 de octubre de 2013; tampoco hay lugar a ordenar el pago de indemnización por la no consignación de cesantías e indemnización moratoria al no encontrar que la demandada adeude salarios o prestaciones sociales a la actora, ni indexación; declara probada la excepción de falta de causa para demandar propuesta por la demandada. Costas a cargo de la demandante.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

En primer lugar, en cuanto a la existencia del contrato de trabajo debe acudirse a la copia del documento que lo muestra en el proceso y que obra a folio 21 del plenario, en tanto que, el mismo deja ver las personas que intervinieron en dicho acto jurídico, así como derechos y obligaciones de las partes; es así que, contrario a lo dicho por la demandada, y como acertadamente lo manifestó la juez de instancia, la Subdirectiva Bogotá del Sindicato SINTRAEMDES en su momento si dispuso la contratación laboral de la actora.

Tan ello es así, que del contrato de trabajo es claro observar que la señora Martha Macías Sierra fue contratada para desempeñar el cargo de mensajera, de manera indefinida a partir del 1° de mayo de 2013, pactándose como remuneración la suma de $850.000, elementos que por sí solos no revisten aparentemente alguna irregularidad, sin embargo, lo que emerge como fundamental con oportunidad a la consulta que ocupa la atención de la Sala, tiene que ver con los sujetos comprometidos al interior del acto jurídico.

Es así que, como empleador contratante aparece el señor Nelson Castro Rodríguez, quien para la fecha de la suscripción de la vinculación laboral fungía como representante legal de la mentada subdirectiva de la Seccional Bogotá de SINTRAEMDES, cuestión que independientemente de la exclusión procesal de la subdirectiva que avaló esta Sala mediante auto de fecha 16 de mayo de 2019 (fl.403), al considerar la ausencia de personería jurídica de aquella, de todas maneras respecto del sindicato es posible que surjan eventualmente obligaciones contraídas por la Subdirectiva Bogotá.

Lo anterior, guarda relación con la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca con fecha 22 de julio de 2019, Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán, en el sentido que, declaró legítimamente constituidas desde el mes de octubre de 2013 y hasta la presentación de la demanda dentro del radicado N° 25269 31 03 001 2016 00155 07, diferentes juntas directivas, entre las que se encuentra, en lo que interesa a la consulta, la inscrita el día 10 de octubre de 2013, y que se conformaba por: *Miguel Ángel Fernández Quiroga (presidente), Luis Miguel Pinzón Sáenz (vicepresidente), Luis Guillermo Corredor Rivera (tesorero), María Eugenia Díaz Mendivelso (secretaria general), Edwin Fernando Bermúdez Mahecha (secretario de educación), Luis Eduardo Benavides (secretario de prensa), Javier Armando Millán García (secretario de relaciones intersindicales), Martín Quijano Arias (secretario de salud ocupacional), Jorge Eduardo Fraile Gómez (secretario de derechos humanos), Yeimy Espitia (secretaria de la mujer), y Germán López Estupiñan y Wilson Quiñonez (comisión de reclamos).*

Ello, porque la citada decisión judicial también decretó la cancelación de la inscripción en el registro sindical de juntas directivas de la subdirectiva Bogotá de SINTRAEMDES, en las que el señor Nelson Castro Rodríguez fungía como su presidente, y que datan en vigencia de las que fueron declaradas como legítimamente constituidas, es decir, que los actos jurídicos en los que participó el antes mencionado en representación de la Seccional Bogotá, estuvieron vigentes hasta el día 9 de octubre de 2013, y por ello, es que acertadamente el juzgado de instancia determinó la existencia del contrato de trabajo entre el 1 de mayo y el 9 de octubre de

2013, sin embargo, en la parte resolutiva de la sentencia no fue así declarado, situación que amerita por parte de la Sala modificar el numeral primero de la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo entre el Sindicato de Trabajadores y Empelados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia – Subdirectiva Bogotá, y la demandante, acaecido del 1 de mayo al 9 de octubre de 2013.

Ahora bien, en consideración con lo antes expuesto, sería del caso ordenar eventualmente el pago de las prestaciones y demás pretensiones solicitadas, sino fuera porque las peticiones se enmarcan para periodos posteriores al de la vigencia de la relación laboral reconocida, es decir, después del 9 de octubre de 2013, y en tal orden de ideas, la Sala confirmará el sentido absolutorio frente a tales conceptos.

Por otro lado, frente a la terminación del vínculo laboral a folio 22 del plenario obra comunicación de fecha 20 de febrero de 2015 suscrita por el señor Luis Orlando Quiroga Rodríguez, de la que se infiere que lo hizo en calidad de presidente de la Subdirectiva Bogotá de SINTRAEMDES, mediante la cual le informa a la demandante su decisión de fenecer el vínculo laboral a partir del día 28 de febrero de ese mismo año, debe indicarse que la misma no compromete la suerte de lo decidido por el juzgado de primera instancia, en punto que absolvió de esta pretensión al sindicato encartado por las siguientes razones:

Primero, dentro de las juntas directivas que hicieron parte del decreto de cancelación de la inscripción en el registro sindical respecto de la Subdirectiva Bogotá de SINTRAEMDES, y reunidas en el numeral séptimo de la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, se encuentra la inscrita el 4 de agosto de 2014 precedida por el señor Quiroga Rodríguez, oportunidad en la que esa Corporación refirió lo siguiente:

> *"La junta directiva inscrita el 4 de agosto de 2014 con el número JD-399, liderada por Luis Orlando Quiroga Rodríguez, quien había sido expulsado de la organización sindical y, por ende, afectaba ostensiblemente la conformación de la junta directiva elegida conforme a los reglamentos internos del sindicato."*

Lo anterior quiere decir, que para la organización sindical demandada no le eran vinculantes las actuaciones de quien para fungió como representante legal de la Subdirectiva Bogotá al momento de comunicar la terminación del vínculo laboral a la demandante, sin que importe que la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca fue proferida con posterioridad a dicha comunicación.

Y segundo, el contrato de trabajo solo pudo ser probado para el periodo comprendido entre el 1 de mayo al 9 de octubre de 2013, teniendo en cuenta que a partir del día siguiente, esto es, del 10 de octubre de 2013, la Corporación de Cundinamarca declaró legítimamente constituidas otras juntas de la misma subdirectiva en las que no aparecen como directivos los señores Nelson Castro ni Luis Orlando Quiroga.

Con todo, y sin que resulte necesario una exposición más amplia en el marco de la presente consulta, la Sala modificará el numeral primero de la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo entre el Sindicato de Trabajadores y Empelados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia – Subdirectiva Bogotá, y la demandante, acaecido del 1 de mayo al 9 de octubre de 2013, y confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre de 2019, en el sentido de **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo entre el Sindicato de Trabajadores y Empelados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia –

Subdirectiva Bogotá, y la demandante la señora MARTHA PATRICIA MACIAS SIERRA identificada con C.C. 52.344.164, entre el 1 de mayo de 2013 y el 9 de octubre de 2013, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.
Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado