

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 09 2018 0074 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANA ROCIO RAMOS SASTOQUE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 veintiséis (26) días del mes de marzo de dos mil veinte uno (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 4 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Noveno laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de PORVENIR S.A. aunado al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado de régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el 1 de abril de 1999; que se condene a la demandada COLPENSIONES, a anular el traslado realizado a la AFP PORVENIR S.A., y a esta última, a Devolver a COLPENSIONES, el saldo total existente en la cuenta individual de ahorro de la demandante, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor total cotizado para el fondo de Garantía de pensiones mínimas. Así mismo, solicita se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho y a lo que resulte demostrado en uso de las facultades extra y ultra petitia. (fl.- 42)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 30 de octubre de 1.966.
- Que se afilió al ISS y realizó cotizaciones desde el 10 de diciembre de 1984 hasta el 31 de marzo de 1999.
- Que se afilió a la AFP PORVENIR S.A. desde el 1 de abril de 1999 y hasta la fecha de la presentación de la demanda.
- Que al momento de afiliarse al Fondo Privado, no le advirtieron que le faltaba solo 5 años y 10 meses para adquirir la pensión.
- Que no le advirtieron sobre las consecuencias desfavorables que le podía ocasionar esa decisión.
- Que no le realizaron una proyección del valor de la pensión en uno u otro régimen pensional.
- Que no le indicaron las ventajas y desventajas de uno u otro régimen.
- Que le informaron que el ISS, ponía muchos obstáculos para responder por las pensiones.
- Que no le indicaron que la cuantía de su pensión sería inferior, a la que recibiría en el ISS.
- Que elevó reclamación administrativa, pero a la fecha no ha recibido respuesta alguna. (fl.- 43 – 44)



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 4 y 18, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios de consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe y prescripción. (fl. 70 -78).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3.3, 3.4, 3.5 y 3.16, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa de para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 106 - 112).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 4 de junio de 2019, resolvió:

- 1. Declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante, señora Ana Rocío Ramos Sastoque entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad representado por el entonces instituto de seguros sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad, representado por porvenir s.a. el 24 de febrero de 1999;*
- 2. Ordenar a porvenir s.a. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con los intereses y rendimientos que se hubiesen causado, así como las demás sumas que se encuentran depositadas en su cuenta de ahorro individual y se ordenará a Colpensiones reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados;*
- 3. Declarar no probadas las excepciones planteadas por las pasivas en sus contestaciones;*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

4. Costas serán a cargo de porvenir s.a., tásense las agencias en un salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión en la Juez de primer grado señalando:

“La señora Ana Rocio Ramos Sastoque a través de apoderado judicial instaura demanda ordinaria laboral de primera instancia con el fin de que le sean reconocidas las pretensiones a las cuales se le dio lectura al inicio de esta audiencia y que obran a folios 42 y 43, que por economía procesal no se va a volver a hacer alusión a ellos en esta decisión. Estas pretensiones fueron sustentadas en 19 hechos vistos a folios 43 y 44 que también por economía procesal no se va a hacer alusión a ellos en esta decisión. La presente demanda fue admitida mediante providencia de fecha 2 de abril de 2018, como se observa a folio 60 donde se dispuso notificar a la parte pasiva así como a la agencia nacional de defensa jurídica del estado, surtidos los tramites de notificación como se observa en el expediente una vez notificada la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, procedió a dar contestación a través de apoderado judicial como se observa a folios 70 a 78, manifestando que se oponía a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que obran dentro del proceso medios de pruebas documentales suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la parte demandante se llevo de manera libre y voluntaria y se suministro la totalidad de la información detallada, clara y precisa y oportuna sobre los efectos jurídicos que acarrearía el traslado. Propuso las excepciones de mérito que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios de consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación, innominada o genérica. Por su parte, porvenir s.a. también procedió a dar contestación en oportunidad a través de apoderado judicial visto a folio 106 a 112 y también manifestó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues el traslado efectuado por la demandante es plenamente valido, no se configuro ningún vicio en el consentimiento y suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención de acogerse en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor. Propuso las excepciones de merito que denominaron prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. Hecho así un breve recuento de los antecedentes se proceden a proferir las siguientes consideraciones. La reclamación administrativa respecto de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y contenida en el artículo 6 del código procesal laboral se encuentra cumplida con la documental que fuera aportada a folios 23 a 27 del expediente. Nulidad del traslado de régimen. La demandante solicita que se declare la nulidad del traslado y manifestó que en el momento de este, los funcionarios de porvenir no le suministraron información detallada, completa



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

y veraz sobre su situación pensional en ese momento y a futuro. Las demandadas se oponen a esta solicitud, argumentaron que la decisión de la demandante estuvo precedida de la información necesaria, detallada y suficiente y fue libre y espontánea, informada y sin presiones. Así las cosas, el objeto del litigio del presente caso, radica en establecer si a la demandante se le suministraron los datos necesarios para que tomara una decisión informada, autónoma y consciente y en caso contrario si procede la declaratoria de nulidad o ineficacia de su traslado. El literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en el artículo anterior, es libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. Aunado a ello, el decreto 663 de 1993, el estatuto orgánico del sistema financiero, aplicable a las afps desde su creación, prescribió en el numeral 1 del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado. Al interpretar estas normas la honorable corte suprema de justicia en ejercicio de su función unificadora, preciso en sentencias sl12136 de 2014, sl17595 de 2017, sl2372 de 2018 y sl1452 de 2019 lo siguiente: “solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición, una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla.” Indico también lo siguiente: las afps desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría, que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de lata complejidad, y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura comparativa especializada experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preminencia frente a los usuarios.” Determino que para establecer la existencia de libertad informada se debe acreditar que la administradora haya suministrado información acerca de: a. los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos, prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad; b. el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte; c. la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían; d. las implicaciones y la conveniencia o no de una eventual decisión y la declaración de la aceptación de esa situación. En la precitada decisión concluyó la honorable corte indicando lo siguiente: “a juicio de esta sala, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a los derechos prestacionales, ni pueda estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Bajo estos lineamientos se estableció con el reporte de semanas realizado a pensiones emitido por Colpensiones visto a folio 6 a 8 del historial de vinculación emitido por Asofondos de fecha 23 de octubre de 2018, visto a folios 92 y la solicitud de vinculación de traslado vista a folio 92 que la demandante se afilio al régimen de prima media el 10 de diciembre de 1984, en donde cotizó 696.86 semanas y posteriormente se traslada al rais con porvenir el 24 de febrero de 1999 en donde permanece hasta la actualidad. Con esto correspondía a porvenir documentar la información suministrada a la demandante y acreditar dentro del proceso que se dio de manera detallada, precisa y oportuna como mínimo sobre los puntos antes descritos para que este despacho procediera a avalar el traslado de régimen, así las cosas, en el formulario de solicitud de vinculación número 01146365 visto a folio 92 la demandante hizo constar que realizó en forma libre, espontanea y sin presiones las escogencia al régimen de ahorro individual. Evidencia el despacho que la manifestación de la demandante la realizó en la solicitud además de ser de formato y encontrarse escrita marginalmente en letra casi ilegible, no acredita la información que se le debió haber suministrado al momento del traslado y dentro del plenario no se encontró soporte que otorgara validez de la afirmación realizada por las demandadas acerca de que este lo realizó la actora en forma libre y voluntaria, pues no se aportó prueba que soportara lo indicado. La demandante en su interrogatorio en esta audiencia, indico que se trasladó en el año de 1999 a porvenir después de que un asesor le dio la información sobre la entidad y que tenía gran rentabilidad como también que se podía heredar su pensión y que se podía pensionar con una menor edad; indica que no hizo averiguación con el instituto de seguros sociales sobre algún obstáculo y señala que solo hasta el 2015 se dio cuenta de las desventajas que tenía ante porvenir. Indica que firmó en forma libre y voluntaria el formulario de afiliación previo diligenciamiento del asesor de porvenir s.a. con esto, no existe prueba de que al momento del traslado se le haya indicado a la demandante si se le hubiese realizado también un estudio de si era o no beneficiaria del régimen de transición o que se le haya informado que este se perdería con el traslado o se le hará realizado una proyección de los aportes que debía realizar y la pensión que percibiría y era aquel el momento oportuno para hacerlo. Y como lo ha indicado la corte suprema de justicia, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales ni pueda estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica de los formularios. Con esto, aunque correspondía a porvenir acreditar el suministro de esta información y entregársela a la demandante en el momento del traslado, y en el despacho de la revisión de las pruebas a las cuales ya se ha hecho alusión no aparece ninguna que allí así allá ocurrido. Finalmente, respecto de la prescripción señalada por porvenir, es preciso memorar que por disposición del artículo 48 de la constitución política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, lo que implica que es exigible judicialmente ante las personas o entidades encargadas de su satisfacción. Y no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Como la acción encaminada a obtener la nulidad o



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ineficacia de la afiliación por cambio de régimen se encuentra íntimamente ligada con los derechos pensionales del afiliado no se encuentra sujeta a las reglas de la prescripción y así lo ha establecido la honorable corte suprema de justicia en sentencias sl361 de 2019 y sl5844 de 2016. Por lo anteriormente expuesto procederá el despacho a declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante, señora Ana Rocio Ramos Sastoque entre el régimen de prima media representado por el entonces instituto de seguros social, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual representado por porvenir s.a. el 24 de febrero de 1999. Así mismo, se ordenara a la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones la totalidad de los valores que le hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con los intereses y rendimientos que se hubieren causado así como los demás sumas que se encuentran depositadas en su cuenta de ahorro individual de la demandante y se ordenará a Colpensiones reactivar al afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados. Por lo expuesto se declaran no probadas las excepciones planteadas por las demandadas en sus contestaciones. Costas serán a cargo de porvenir s.a., tásense conforme al acuerdo PSAA1610554 de la presidencia del consejo superior de la judicatura en un salario mínimo legal mensual vigente. En mérito de lo expuesto, el juzgado 9 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve...”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** señaló:

“Señora juez, siendo esta la oportunidad pertinente manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia emitida por el despacho, por las siguientes consideraciones: el despacho refiere en la sentencia que no se demostró dentro del presente proceso que la demandante hubiese sido asesorada y así pues declara la ineficacia del traslado con mi representada. Considero que en el presente proceso y se da aplicación automática a una sentencia sin hacer énfasis de los referentes hechos facticos alegados por la demandante que no fueron probados en el proceso. La parte demandante aduce una nulidad de la afiliación e indica que mi representada la engañó, le dio una información errada, esos hechos no fueron probados en el proceso y la parte demandante estaba obligada a probar esas circunstancias de engaño a que hace referencia en consideración al código civil que es el que antepone los vicios del consentimiento, cuando la parte demandante invoca desde luego la nulidad de una vinculación que es propiamente retrotraer una situación jurídica por esos vicios del consentimiento. Se observa y se aplica de manera automática una sentencia y parece más como una condición principal la presentación de una demanda que la demostración de esos hechos facticos que a fin de cuentas pues es lo que se trae a un proceso, demostrar esas situaciones fácticas que se dieron en el presente proceso, pero observamos



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que no, simplemente aplicamos y descargamos la carga de la prueba y se da por demostrado, sin estarlo que mi representada no le dio la información solo porque no obra documental adicional cuando esta información y cuando estas exigencias documentales de una asesoría han surgido con posterioridad a la vinculación que ha hecho la parte demandante, por tanto, la demandante al invocar la nulidad de la afiliación a dicha fecha, debe decirse que no hay la transgresión de una norma en el momento que se trasladó la demandante de manera libre y voluntaria. En ese momento, no surge esa transgresión o esa vulnerabilidad que hubiese hecho mi representada sobre una norma, máxime ya como lo indique, ha sido con posterioridad a la creación de unas sentencias que no han derivado de los casos de unos hechos facticos alegados por la parte demandante, debe decirse que estas sentencias han venido originalmente la sentencia 33083 31989 y se han venido reiterando de manera errónea en consideración a que las personas y para el momento que se dan esas nulidades de la afiliación en esos hechos facticos que son diferentes a la parte demandante, debe decirse que estas personas no eran del régimen de transición, eran del régimen de transición, tenían más de 750 semanas, tenían una expectativa legítima, se encontraron esos vicios del consentimiento alegados en esos procesos y desde luego eran personas que se encontraban ad portas de obtener un derecho pensional, si vamos al caso de la demandante, la demandante no tenía una prohibición legal cuando se trasladó, se encontraba a mas de 20 años de obtener un derecho pensional, no tenía ninguna expectativa legítima y para dicha fecha desde luego que no era dable emitirse un cálculo en consideración a que con el transcurso del tiempo, además que tampoco se iba a lograr con certeza establecer cual iba a ser su salario durante el transcurso de su vinculación con mi representada y mucho menos en el régimen de prima media, así que el decretarse la ineficacia, mas aun cuando la ineficacia precisamente surgiría en el momento del diligenciamiento de este formulario de vinculación, debe decirse que los formularios de vinculación no son regulados por mi representada, son regulados por la superintendencia financiera y es un documento que es necesario a fin de establecer la vinculación y darse por acertado ese negocio jurídico que contrapone a las partes. Acá se está desconociendo, considero, no se está dando aplicación al artículo 13, hay una aplicación indebida del artículo 13 de la ley 100 de 1993, ya que este originariamente como lo está encabezado dice que cualquier persona que pretenda vincularse a cualquiera de los dos regímenes, debe hacer esta manifestación por escrito y esa manifestación por escrito el formulario, considero que el error en la sentencia es indicar que mi representada no dijo toda la información en dicho formulario de vinculación y no hay una norma donde diga que en el formulario de vinculación deberá indicarse cuáles son esas consecuencias de régimen o dar las condiciones de la misma en consideración a que para dicha fecha las asesorías eran de manera oral, entonces considero que acá hay una transgresión y se esta aduciendo una circunstancia que no existía en esos formularios de vinculación, máxime cuando estos eran legalmente establecidos por la superintendencia financiera, así que considero que hay unos errores de apreciación que se están enfocando a una situación que no ha existido en el presente proceso porque jamás se verifico ni se dijo en esas sentencias que además de expresar la voluntad de la vinculación, porque así



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

la parte demandante lo ha conocido de esa vinculación, de esa voluntad durante el transcurso del tiempo con mi representada, se diga que allí tenía que ir incólume todas las condiciones pensionales de uno u otro régimen, se indicó a la demandante en su momento, la demandante también por analogía sabemos claramente que tenemos unos deberes, unos derechos y unas obligaciones, y la parte demandante no fue cuidadosa, fue totalmente negligente en su actuar y hoy pretende anteponer unos hechos que no fueron ya, como lo referiremos todos en el proceso, cuando refiere que uno de los asesores de porvenir le habían ducho que iba a tener obstáculos para poderse pensionar, la demandante pudo haberse asesorado en su momento y tuvo 20 años para en cualquier instante de su vida haber averiguado acerca de su situación pensional y haber averiguado si esa situación, ese engaño que según le dijo el asesor en ese momento cuando le dijo que habían obstáculos para pensionarse, la demandante pudo haber hecho en cualquier instante y no lo hizo, y hoy pretende enrostrar un error pese que le asiste una prohibición legal en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, así que considero que no era dable emitirse de manera automática una sentencia de una nulidad de la afiliación, solo porque la parte demandante lo invoca en su petitum, en su demanda, así las cosas, solicito a los honorables magistrados que no se puede medir con el mismo racero esas circunstancias que son de la demandante a una jurisprudencia que son de hechos facticos totalmente diferentes y debe medirse que aquí los hechos alegados y endilgados por la parte demandante no hay bajo ningún hecho que pruebe esos hechos alegados ya como lo referí en las anteriores consideraciones, razones por las cuales, les solicito a los honorables magistrados se absuelva a mi representada de esta nulidad automática de ineficacia de la afiliación cuando sabemos claramente que con ocasión al formulario de vinculación, el formulario de vinculación se dio de manera completa y no podía decretarse esta ineficacia y mucho menos la nulidad porque ya como lo referí esos vicios del consentimiento no fueron demostrados en el proceso, ni mucho menos la demandante no hizo uso como le asisten a las personas, como es el deber de informarse, de averiguar, de cuidado que les asiste a todas las personas que es como el deber de cuidado, los deberes, derechos y obligaciones que la parte demandante hoy simplemente ad portas de obtener un derecho pensional pretende esta nulidad de la afiliación sin demostrarse hecho alguno. Dejo así sustentado mi recurso de apelación para que se absuelva a mi representada. Gracias.”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por la demandada PORVENIR S.A., procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ANA ROCIO RAMOS SASTOQUE, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, y pese a lo señalado por la apoderada de la demandada en su recurso, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pudiese traer en el futuro, por lo que la carga de la prueba esta en cabeza de la demandada.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala la juzgadora de instancia, y contrario a lo señalado por la demandada PORVENIR SA. en su recurso y en sus alegatos de conclusión **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Igualmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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:

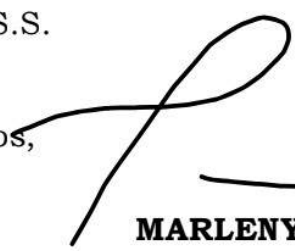
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 0074 01 Dte: ANA ROCIO RAMOS
SASTOQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO


LORENZO TORRES NUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 11 2016 00011 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: CHIQUEQUIRÁ CACERES DE MERCHAN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 veintiséis (26) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021) día previamente 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,

Conoce esta Corporación, el fallo proferido por el Juzgado 11 laboral del Circuito, dada la apelación presentada por la parte demandante.

ALEGATOS

Durante el traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder al Dr. SAMUEL EDUARDO MEZA MORENO, identificado con C.C. 1.098.719.007 y portador de la T.P. 268.676 del C.S.J., a quien se le reconoce como apoderado judicial sustituto de dicha **DEMANDADA**,

quien presentó alegatos en los que solicitó confirmar la sentencia indicando que no se cumplen las semanas exigidas para causar la pensión y que el empleador omitió la afiliación del actor, por lo que al haber ocurrido el riesgo no es posible su aseguramiento posterior.

Agotado el término, los apoderados de la **DEMANDANTE** y **NÉSTOR TORRES RODRÍGUEZ** se abstuvieron de presentar alegatos.

SENTENCIA

señora **CHIQUINQUIRÁ CÁCERES DE MERCHÁN** solicitó condenar a **COLPENSIONES** a concederle la pensión de sobrevivientes de su cónyuge, cuyos aportes estaban en mora por la omisión de **NÉSTOR TORRES RODRÍGUEZ**, junto con el pago del retroactivo pensional indexado, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.(fl.- 2)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que su cónyuge LUÍS ALBERTO MERCHÁN CÁCERES (q.e.p.d.) trabajó con **NÉSTOR TORRES RODRÍGUEZ** entre el 30 de mayo de 2004 hasta el 1° de abril de 2014, omitiendo el empleador el pago de aportes a pensión, motivo por el cual **COLPENSIONES** negó la pensión de sobrevivientes a pesar de que el causante acumuló 798 semanas, alegando que no tenía 50 semanas en los 3 años anteriores a su fallecimiento, consecuencia que no está llamada a soportar porque la omisión fue del empleador.

Una vez notificados a los demandados, **COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el número de semanas cotizadas por el causante y que negó la pensión de sobrevivientes a la actora. Indicó que no existe registro de cotizaciones en mora porque no hay registro de afiliación alguno del causante con **NÉSTOR TORRES RODRÍGUEZ**, por lo cual no reúne las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandas, presunción de legalidad del acto

administrativo, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación, ajuste alguno, intereses ni indemnización moratoria y la innominada (fl. 36 a 41).

Mediante auto del 8 de junio de 2017 se tuvo por no contestada la demanda por parte de **NÉSTOR TORRES RODRÍGUEZ** (fl. 74).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En providencia del 29 de julio de 2019 el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. resolución:

1. *Absolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y a Néstor Torres Rodríguez de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la ciudadana Chiquinquirá Cáceres de Merchán, conforme a las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia;*
2. *Declarar probadas las excepciones de cosa juzgada respecto de la aclaración de relación laboral frente al demandado Néstor Torres Rodríguez y de las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, frente a Colpensiones, conforme a lo esbozado en la parte considerativa de esta sentencia;*
3. *Condenar en costas de esta instancia a la demandante, líquidense por secretaria inclúyase en ellas la suma de \$200.000, como agencias en derecho;*
4. *Surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de los intereses de la demandante, en caso de no ser apelada oportunamente esta providencia, la cual al emitirse de carácter oral, queda legalmente notificada a las partes en estrados, acto seguido se le otorgara el uso de la palabra a los apoderados de las partes, por si a bien lo tienen en primera medida solicitar adición o aclaración o solicitar los recursos de ley, apoderado parte demandante.*

Como fundamento de su decisión, señaló:

“De la reclamación administrativa. Este requisito procesal de procedibilidad se da por superado, tal y como se puede observar con la resolución emitida por la entidad demandada a folios 17 a 18 del mismo, por medio de la cual negó el reconocimiento aquí deprecado. Del problema jurídico: tal y como quedó señalado en su debida oportunidad procesal, el mismo se suscribe en determinar en primera medida si al aquí demandante Chiquinquirá Cáceres de Merchán le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes junto con los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, con ocasión del fallecimiento del señor Luis Alberto Merchán, a su vez como un segundo objeto de estudio se auscultara la existencia de una relación de trabajo con el señor Néstor Eduardo Torres Rodríguez, vigente entre el 30 de mayo de 2004 y el 1 de

abril de 2014 que justifique la obligación de pago de aportes invocado por la accionad. Habiendo puesto de presente el objeto de estudio, como dinámica de la presente actuación en primera medida se resolverá frente a la declaración de relación laboral, señalando de entrada que se deberá declarar la cosa juzgada, teniendo en cuenta que mediante providencia emitida del 3 de junio de 2016, el juzgado 4 laboral del circuito de este distrito judicial declaro que entre el ciudadano Néstor Eduardo Torres Rodríguez y Luis Alberto Merchán Cáceres existió un contrato de trabajo a termino indefinido cuyos extremos temporales fueron los comprendidos entre el 1 de marzo de 2010 al 1 de abril de 2014, y así mismo en la parte condenatoria se señaló que debía cancelar el señor Torres a nombre del señor Luis Alberto Merchán Cáceres al fondo administrador que estuvo afiliado las cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta como valor un salario mínimo legal mensual vigente junto con sus intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 100 de 1993 por los periodos comprendidos entre el 1 de abril de 2010 al 1 de abril de 2014, decisión esta que fue modificada pero que nada permeo o modifico lo relacionado con los aportes a seguridad social o la declaración de la relación laboral, es de esta manera que teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 303 del código general del proceso, aplicable por remisión expresa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 del estatuto procesal del trabajo y la seguridad social, se puede constatar por este titular de despacho que se cumplen o se acreditan los 3 requisitos para declarar la cosa juzgada, esto es, identidad de partes, la señora Chiquinquirá, demandante dentro del presente proceso, Chiquinquirá Cáceres de Merchán, igual la identidad de objeto, el cual no es otro que la declaración de una relación laboral, la cual ya fue decantada, si bien es cierto aquí se está solicitando desde el año 2004, observando las pretensiones del proceso vertido, surtido en el juzgado 4 laboral, se indicaba o se solicitaba la misma causa y también se puede verificar la identidad de objeto, es decir, en resumidas cuentas, se cumplen los 3 requisitos, identidad de las partes, identidad de objeto e identidad de causa, por lo tanto, se declara probados los hechos de manera oficiosa de la excepción de cosa juzgada. Ahora bien, habiendo superado lo anterior, procede el despacho a resolver de la pensión de sobrevivientes, de esta manera que la doctrina pacífica reiterada por el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que el derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado o del pensionado se rige por la norma que encontraba vigente al momento de producirse el deceso, sentencias que podemos observar como la del 30 de enero de 2013, radicado 27593; del 21 de marzo de 2002, 41024; respectivamente, situación esta doctrina sentada que se ha mantenido hasta la fecha y no ha sido modificada, de modo que si el deceso del pensionado se produjo para el caso que nos ocupa el 1 de abril de 2014, hecho que no está suficientemente acreditado, comoquiera que el tramite probatorio al debate no se allego el certificado de defunción, no obstante lo anterior a esta falencia demostrativa, se observa resolución emitida por la vicepresidencia de beneficios económicos de la entidad demandada, bajo el consecutivo 52810 del 16 de julio de 2015, donde la entidad demandada da cuenta de esa calenda como fecha del deceso del ex afiliado, Merchán Cáceres, por lo tanto, la norma que debe aplicarse para efectos de determinar a quien le corresponde el derecho pensional aquí debatido es el literal a del artículo 13 de la ley 797 de 2003 que

modifico los artículos 43,46 y 47 de la ley 100 de 1993, normatividad que dispone los siguientes requisitos: primero de ellos es y que se aplican, no voy a leer toda la norma, serán beneficiarios los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, se acrediten las siguientes condiciones: En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. Bajo los anteriores parámetros jurisprudenciales y normativos, procede el juzgado a resolver la controversia para lo cual entonces nos remitimos al acervo probatorio recaudado en el plenario en debida y legal forma, de la siguiente manera:

Documentales. Folio 66 a 67, historia laboral consolidada de semanas de cotización al sistema general de seguridad social en pensiones; folio 102, declaración extrajuicio. Habiendo puesto de presente las pruebas que se valoraron en aras de verificar la procedencia o no del derecho invocado, se tiene entonces que a la fecha de fallecimiento del señor Luis Alberto Merchán Cáceres si cumplía con el requisito de haberse cotizado 50 semanas anteriores a la fecha de la muerte, lo anterior, pese a que si bien es cierto en la historia laboral solamente se acredita entre el 1 de abril de 2011 y el 1 de abril de 2014, tan solo cotizo efectivamente un total de 240 días, lo que es lo mismo 34.29 semanas, no es menos cierto que en el entendido que estos tiempos de cotización entre el 1 de marzo de 2010 al 1 de abril de 2014, ordenados mediante el fallo del juzgado 4 laboral del circuito de Bogotá, proferido dentro del proceso 2015 298 y que fuera confirmado por la sala laboral del honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá el 13 de septiembre de 2006, actas que fueron incorporadas al tramite procesal, se cumple ampliamente con el requisito siendo este el de las semanas mínimas para el reconocimiento del derecho pensional, es de esta manera que ese reconocimiento quedará supeditado a que el apoderado de la parte actora inicie el proceso ejecutivo ante dicho despacho judicial para con la consecución de la obligación de hacer frente al empleador moroso, esto es, Néstor Torres. Establecido lo anterior, se procede entonces a estudiar la calidad de beneficiaria de la señora Cáceres de Merchán, lo cual una vez verificadas las pruebas allegadas al debate probatorio, esto son las documentales, toda vez que el apoderado de la demandante no solicito el decreto de prueba testimonial alguna, se encuentra que la calidad de beneficiaria de la actora no se encuentra acreditada en debida forma, pues es evidente el deficiente material probatorio aportado por la interesada, pues para acreditar el vinculo con el causante no apporto documental alguna, sino que lo único que da fe de su unión, es la declaración extrajuicio dentro del expediente administrativo rendido ante la notaria 2 del círculo de Soacha por los señores Lina María Sosa Rodríguez y William Antonio Zambrano Gutiérrez, la cual se incorporó por parte de este despacho al debate procesal a folio 101, la cual data del año 2014, esto ya hace mas de 5 años, en dicha declaración indican que la demandante ostentaba la calidad de cónyuge del señor Merchán Cáceres, no obstante, este despacho debe indicar que dichos testimonios no solo no fueron ratificados dentro del tramite procesal, tal y como lo indica el artículo 222 del código general del proceso, sino que la prueba idónea para demostrar la calidad de esposos es el registro civil de matrimonio,

teniendo en cuenta que esta demuestra la situación jurídica que tiene la persona dentro de la sociedad, en orden a sus relaciones de familia, de la cual derivan sus derechos y obligaciones, dicha documental una vez verificado el expediente administrativo no se encuentra, porque es que estamos debatiendo un derecho pensional y donde estuviera dentro del expediente administrativo, claro que se incorpora, pero no se encontraba y en virtud de la carga de la prueba la parte demandante tampoco solicito el decreto de unas pruebas testimoniales que pudieran dar fe de demostrar este vínculo. Razón así que al no encontrarse acreditada la calidad de beneficiaria de la señora Chiquinquirá Cáceres de Merchán, no hay opción diferente salvo la de absolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de la totalidad de las pretensiones impetradas en contra de esta. Excepciones. Por las resultas del proceso se declara en primera medida probada los hechos sustento de la excepción de cosa juzgada, respecto de la declaración de la relación laboral con el demandado Néstor Eduardo Torres Rodríguez. Segundo, declarar probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido frente a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Costas. Por las resultas mismas del proceso correrán a cargo de la parte demandante, tásense por secretaria, como agencias en derecho la suma de \$200.000. del grado jurisdiccional de consulta. De conformidad con el artículo 69 del estatuto procesal del trabajo y la seguridad social, como quiera que las pretensiones fueron totalmente adversas a la qui demandante frente al derecho pensional, envíense las presentes diligencias en caso de no ser apelada oportunamente por la parte demandante. Decisión. En mérito de lo expuesto el juzgado 11 laboral del circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve..”

RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte actora inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, señalando:

“Su señoría, para presentar el recurso de apelación. Presento recurso de apelación contra la decisión que acaba de tomar el juzgado por dos razones específicamente. Primero, el tema de que si la señora es beneficiaria o no ya era un tema superado en el expediente administrativo estaba probado, tanto así que negaron fue por el tema de las 50 semanas cotizadas, en ningún lugar se alego que ella no fuera la beneficiaria, es decir, es lo que llama la jurisprudencia un hecho superado que no tiene porque ser discutido acá. En caso de que no se tomara esa posición, igual en el proceso en la sentencia que usted tiene ahí del juzgado 4 fue la señora Chiquinquirá la que demandó, igualmente como beneficiaria del señor Néstor, es decir, en ese proceso, ya fue aceptada ella como la beneficiaria de los derechos prestacionales y pensionales de su señor cónyuge; es decir, sobre ese punto también hay cosa juzgada, el despacho está cometiendo un grave error al pretender acá que se demuestre la calidad de beneficiaria de la demandante porque ya es un hecho superado tanto en la cosa juzgada en el juzgado 4 como en el expediente administrativo ante Colpensiones,

entonces graso error comete el juzgado al tomar esa determinación. Otra cosa, en la parte motiva de la sentencia dice que estaban ampliamente superadas las 50 semanas dentro de los últimos 3 años pero que eso toca esperar a que se le cobre efectivamente al señor Néstor para que se le pueda reconocer la pensión, también absolutamente absurda esa decisión porque eso no depende de si el señor paga o no, Colpensiones está obligada a reconocer la pensión y hacer el cobro como ellos a bien tengan al señor Néstor, con que se haya probado lo de la relación laboral que está en la cosa juzgada del juzgado 4 era suficiente para obligar a Colpensiones a reconocer la pensión. En este orden de ideas creo que se cae absolutamente el fallo del juzgado y le solicito al honorable tribunal que revoque la sentencia y ordene con fundamento en los argumentos que he esbozado a Colpensiones a que pague la pensión sin ningún condicionamiento de que el señor Néstor, el señor demandado, pague o no pague esas cotizaciones porque no tienen por qué soportarlas mi mandante. Entonces solicito se revoque, se condene a reconocimiento de la pensión, al pago de los intereses y al pago de las costas correspondientes. Muchas gracias su señoría...”

CONSIDERACIONES

Procede la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPT y SS al estudio de los aspectos señalados por la parte actora en el recurso de apelación, esto es, establecer si la demandada COLPENSIONES debe cancelar la pensión de sobrevivientes a la actora, en los términos señalados por la parte actora.

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: i) LUÍS ALBERTO MERCHÁN CÁCERES (q.e.p.d.) falleció el 1° de abril de 2014 (documento GEN-RCD-AP-2014_3627358-20140512131139 CD fl. 102); ii) el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. conoció del proceso 11001310500420150029800, profiriendo sentencia el 3 de junio de 2016, en la cual declaró que entre el causante y NÉSTOR TORRES RODRÍGUEZ existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de marzo de 2010 y el 1° de abril de 2014, condenando a éste último al pago de los aportes a pensión por dicho periodo liquidados sobre un IBC de 1 SMLMV, condenas que no fueron modificadas en la sentencia que profirió la H. Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá el 13 de septiembre de 2016 (CD fl. 90 y 91).

De conformidad con lo anterior, se tiene que parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, determino que para efectos del cómputo de las semanas se tendrá en cuenta el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleador que por omisión no afiliaron al trabajador.

En relación con lo anterior, se encuentra que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia analizó el alcance de la precitada norma en la sentencia SL2982 de 2019, donde reiteró la posición que adopto en la sentencia SL1342 de 2019, indicando que las consecuencias de la omisión de la afiliación y la mora en el pago de aportes son distintas, por cuanto en el primer caso procede el pago del cálculo actuarial mientras que el segundo evento solo se genera después de una afiliación válida, caso en el cual la consecuencia en tener en cuenta el periodo que la Administradora no cobró.

Igualmente se tiene que, nuestro órgano de cierre ha establecido esto solo procede frente a las pensiones de jubilación o vejez, por cuanto en el caso de la pensión de sobrevivientes e invalidez la naturaleza del riesgo es incierto, lo que conlleva a que el Sistema haya optado a establecer un porcentaje de los aportes con destinación específica o a la contratación de seguros para facilitar su gestión, por cuanto el riesgo puede ocurrir en cualquier momento, motivo por el cual si el trabajador no fue debidamente afiliado resulta desproporcionado condenar a la administradora a cubrir una prestación respecto de la cual no tuvo posibilidad de gestionar el riesgo, caso en el cual la subrogación del riesgo solo se materializa si el pago del cálculo actuarial es anterior al riesgo, porque de lo contrario es el empleador quien asume con cargo a su propio patrimonio el pago de la prestación, tal y como señaló la alta Corporación en las sentencias SL4103 de 2017, SL913 de 2018, entre otras.

Así las cosas, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado de forma contundente que la anterior regla no procede frente las

pensiones de sobrevivientes e invalidez, prestaciones frente las cuales resulta desproporcionado condenar a la administradora de pensiones a su reconocimiento salvo que la subrogación del riesgo pensional mediante el pago del cálculo actuarial haya sido anterior a la materialización del riesgo, por cuanto de lo contrario se impide a la administradora gestionar el riesgo, de acaecimiento incierto, a través de los porcentajes de aportes de destinación exclusiva o la contratación de seguros.

Considerando lo anterior, en el caso bajo estudio se debate si **COLPENSIONES** es o no responsable de asumir la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de LUÍS ALBERTO MERCHÁN CÁCERES (q.e.p.d.) ocurrido el 1° de abril de 2014 (documento GEN-RCD-AP-2014_3627358-20140512131139 CD fl. 102), asunto frente al cual de entrada anuncia esta Sala que conforme la posición de la H. CSJ no puede ser condenada dicha administradora, por cuanto el riesgo de muerte no se subrogó con el pago del cálculo actuarial antes de su acaecimiento.

Ahora bien, en el presente caso, tal y como lo señaló la juez de primer grado, la existencia de la relación laboral entre el causante y **NÉSTOR TORRES RODRÍGUEZ**, desde el 1° de marzo de 2010 y hasta el 1° de abril de 2014, se declaró con posterioridad al fallecimiento del trabajador, a través de la sentencia de primera instancia del 3 de junio de 2016 que profirió el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el proceso 11001310500420150029800 y que confirmó la H. Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá el 13 de septiembre de 2016 (CD fl. 90 y 91).

En consecuencia, al tratarse de una pensión de sobrevivientes, frente a la cual se reitera el riesgo puede acaecer en cualquier momento a diferencia de la pensión de vejez, no es viable aplicar la regla general de ordenar a la administradora el pago de la misma y el posterior recobro al empleador del cálculo actuarial.

Sin que, en el presente caso, se pueda condenar al ex empleador omisivo, al pago de la pensión solicitada, ya que, se itera, en el proceso que cursó ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, se ventilaron y decidieron todos los asuntos relacionados con la existencia de la relación laboral, así como la consecuencia por la omisión en la afiliación, condenándose al señor **NÉSTOR TORRES RODRÍGUEZ, al pago del cálculo actuarial por las cotizaciones dadas de realizar en favor de causante**, por lo que dicha sentencia hace tránsito a cosa juzgada y en dichas condiciones no es dable, condenar al señor **TORRES RODRIGUEZ**, tanto al pago de la cotización, como al pago de la pensión reclamada.

Teniendo en cuenta lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el Juez de primer Grado.

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 y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia 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



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

MAGISTRADO

SALVO VOTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20-2010-254-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ADOLIO LEÓN

DEMANDADO: CAPRECOM hoy UGPP

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 a los veintiséis (26) días del mes de marzo 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 grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido el 28 de junio de 2013 por el Juzgado Once Laboral de Descongestión del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas alegaciones por parte de la parte actora y la UGPP.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ADOLIO LEÓN, demandada a Caprecom, solicitando se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de jubilación consagrada en el artículo 9 del Decreto 2661 de 1960, Decreto 2201 de 1987, artículo 9 y adenda al artículo 2 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Telecom y el Sindicato Industrial de Trabajadores de las Telecomunicaciones – ATT, la que debe ser reconocida a partir del 26 de

octubre de 2007, data para la cual, cumplió 20 años de servicios para Telecom y con efectividad a partir del 1 de abril de 2008, fecha en la indica, la Unidad Pensional del PAR Telecom, cesó el pago en su favor de la pensión anticipada, teniendo en cuenta para liquidar dicha prestación, el 75% de la totalidad de los factores legales y extralegales devengados en su último año de servicios; solicita en subsidio, se le conceda pensión prevista en la Ley 33 de 1985, igualmente que se declare que la pensión reclamada es compatible con la de vejez reconocida a su favor por el ISS y se pague la primera de ellas junto con mesadas adicionales, ajustes de ley, indexación e intereses moratorios . (fls. 6, cuaderno 1).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante resolución No. 23150 del 2003, el ISS le reconoció a su favor pensión de vejez a partir del 16 de enero de la anualidad en mención, para lo cual tuvo en cuenta 1065 semanas por él cotizadas a dicho Instituto, que laboró como empleador privado al servicios de la empresa Saravia Bravo Ltda., entre el 1 de julio de 1964 al 30 de mayo de 1987 y para Telecom entre el 26 de octubre de 1987 y hasta el 1 de abril de 2003, vinculación que se dio a través de contrato a término indefinido y por virtud de la cual, efectuó aportes pensionales a la Caja de Previsión Social – Caprecom. Afirma que en el año 2003, Telecom resolvió conceder un plan de pensión para los trabajadores a quienes les faltaren menos de 7 años para obtener derecho a pensión (31 de marzo de 2010) y que se encontraran cobijados por cualquiera de las modalidades previstas en el Decreto 2661 de 1960.

Señala que es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y se encontraba vinculado a Telecom al momento de su transformación en Empresa Industrial y Comercial de Estado, que a través del acta de conciliación No. 2 de 2003, celebrada entre él y Telecom acordaron dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato de trabajo que los unía a partir del 1 de abril de 2003 y que la sociedad en mención, pagaría a partir de dicha data, de manera temporal y voluntaria una pensión de vejez anticipada equivalente al 75% de los factores legales y extralegales por él devengados entre el 1 de abril de 1994 al 31 de marzo de 2003, comprometiéndose

igualmente Telecom a cancelar dicha prestación actualizándola conforme los porcentajes de Ley.

Indica que Telecom empezó a cancelar la pensión acordada desde el 1 de abril de 2003, realizando aportes a Caprecom y a través de oficio radicado del 26 de diciembre de 2007, el PAR Telecom, le informó que de acuerdo con el plan de pensión anticipada acordado, ya había cumplido con los requisitos para pensionarse y remite los documentos para que inicie ante Caprecom los trámites tendientes al reconocimiento de su pensión. Pone de presente que el 26 de octubre de 2007, cumplió 20 años de servicio a Telecom, razón por la cual, radicó ante Caprecom solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación, la que le fue negada a través de resolución 0187 del 4 de febrero de 2009, para lo cual señaló que las 1065 semanas cotizadas al ISS, que fueron las tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional ante el ISS, no podían tenerse en cuenta por Caprecom para reconocer pensión consagrada en el sistema general de pensiones, argumentando igualmente que la misma, era incompatible con otra prestación proveniente de entidades de derecho público (fls.4 y 5, cuaderno 1).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la entidad Caprecom en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 12 y 13, referentes al contenido de la resolución 0187 del 4 de febrero de 2009, negó el No. 11 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó cosa juzgada, prescripción de la acción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, pago, falta de título y causa, buena fe, presunción de legalidad y firmeza de los actos administrativos, falta de legitimidad en la causa de la parte pasiva, falta de legitimación en la causa por Caprecom para reconocer pensiones convencionales y voluntarias y carencia de soporte de la norma convencional para reclamar la pensión demandada. (fl. 213).

El consorcio de remanentes Telecom, igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestó no constarle ninguno de los hechos de demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó imposibilidad para proferir sentencia de fondo contra Fiduagraria S.A. y Fiduciaria Popular S.A., como integrantes del Consorcio de Remanentes Telecom, inexistencia de

la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, pago, compensación y prescripción. (fl. 314)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Juzgado Once Laboral de Descongestión del Circuito, resolvió condenar a la entonces Caprecom a reconocer y pagar al demandante pensión de jubilación a partir del 1 de abril de 2008, en cuantía de \$1.174.717, junto con indexación conforme al IPC y declaró no probadas las excepciones propuestas por las llamadas a juicio, absolviendo al PAR TELECOM de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a Caprecom. (fl.630, cuaderno 2)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de reproche que el demandante, había prestado sus servicios a Telecom entre el 26 de octubre d 1987 al 1 de abril de 2003, fecha en la que las partes, dieron por terminado de común acuerdo el vínculo laboral que los unía, de igual forma era claro que el actor, era beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por cuanto a 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad; indicó que no había lugar a efectuar reconocimiento pensional bajo los apremios del Decreto 2661 de 1960, mediante el cual se dictaron los estatutos de Caprecom, como quiera que dicho cuerpo normativo, fue retirado del ordenamiento jurídico, dada la derogatoria de este prevista en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985.

Indicó respecto de la pretensión encaminada a reconocimiento pensional en aplicación de la adenda del artículo 2 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Telecom y la organización sindical ATT, esta tampoco salía avante por cuanto dicha normatividad, requería el cumplimiento de 50 años de edad, luego de haber alcanzado 20 años de servicios, exigencia que no cumplía el actor por cuanto cuando alcanzó los 50 años, no había laborado 20 años al servicio de Telecom.

Señaló respecto de la pretensión subsidiaria (reconocimiento pensional con fundamento en la Ley 33 de 1985) que respecto de la compatibilidad de esta prestación con la ya reconocida por el ISS a favor del actor, jurisprudencia del Consejo de Estado y la Sala Laboral de este Tribunal, había determinado

la procedencia del reconocimiento de estas dos pensiones por aportes efectuados a los sectores público y privado; y revisada la resolución por medio de la cual se le había reconocido al actor pensión por el ISS, se habían tenido en cuenta 1065 semanas cotizadas por este al ISS y a través del sector privado como se verificada de su historia laboral aportada al plenario.

Indicó que al revisar los aportes efectuados a favor de Caprecom y a través del empleador Telecom, se observaba con claridad que la afiliación del actor a dicha Caja de Previsión, databa del 26 de octubre de 1987, señalándose como último periodo de aportes a esta, el mes de marzo de 2008; siendo claro que la pensión reclamada y la de vejez reconocida al demandante por el ISS, eran compatibles, ya que se efectuaron aportes por un lado al ISS y por otro a Caprecom, resaltando que el reconocimiento pensional realizado por el ISS, lo fue con anterioridad al acta de conciliación suscrita por el señor Jorge y Telecom, razón por la cual, dicha prestación por vejez, ya era un derecho adquirido a la fecha de suscripción de dicho acuerdo conciliatorio, esto es, ya había ingresado al patrimonio el señor Jorge.

Señaló que estando probada la calidad de beneficiario el régimen de transición del actor, le eran aplicables las previsiones de la Ley 33 de 1985, que exigía el cumplimiento de 20 años de servicios y 55 años de edad, los que alcanzó el actor el 16 de enero de 1998, alcanzando los 20 años de servicios para Telecom, el 26 de octubre de 2007, encontrando que la última cotización que se había efectuado a Caprecom en favor del actor se dio en el mes de marzo de 2008, siendo a partir de abril de esa anualidad la fecha en que se debía reconocer a favor del actor la pensión con fundamento en la normatividad señalada, junto con indexación y sin retroactivo alguno como quiera que el empleador, había asumido el pago de dicha pensión hasta la subrogación del riesgo, debiéndose liquidar sobre el 75% del IBL que para el caso del demandante, ascendía a \$1.566.289, lo que generaba una mesada pensional de \$1.174.717, suma que debía ser indexada conforme el IPC.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate la relación laboral sostenida por el demandante y la Empresa de Telecomunicaciones Telecom

entre el 26 de octubre de 1987 al 1 de abril de 2003, conforme se observa de acta de acuerdo conciliatorio suscrito entre el aquí demandante y la entonces Telecom visible a folio 20 del plenario. De igual forma, no ofreció reparo que al señor Jorge Adolio, le fue reconocida pensión de veje por parte del ISS, a través de resolución 23250 del 2003 aportada a folio 27 del plenario y para lo cual dicho instituto, tuvo en cuenta 1065 semanas cotizadas por el demandante, a través de un único empleador como lo fue Saravia Bravo Ltda., como se determina de historia laboral aportada a folio 24 del plenario.

A su turno de documental visible a folio 584 (cuaderno 2), contentiva de historial de aportes pensionales realizados por Telecom a favor del actor y con destino a Caprecom, se determina que la sociedad en mención aportó a dicha caja de previsión social, desde abril de 1994 y hasta el 31 marzo de 2008 (fl. 23).

Determinado lo anterior, la Sala procede a analizar la procedencia de la pensión cuyo reconocimiento se ordenó en primer grado y si esta tiene alguna incidencia en la prestación de que goza el actor concedida por el ISS; sobre el particular quedó suficientemente probado que para la pensión que le fuera reconocida al actor por el ISS, bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990 este último, tuvo en cuenta las semanas de cotización reportadas exclusivamente por empleador del sector privado, sociedad Saravia Bravo Ltda., entre el 1 de enero de 1967 al 31 de mayo de 1987.

Así las cosas, tampoco ofreció reparo que el actor, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto nació el 16 de enero de 1943 (fl. 64), contando a 1 de abril de 1994, con 50 años de edad; razón por la cual, como bien lo señaló la decisión de instancia, para el reconocimiento de la pensión de jubilación que pretende por el tiempo laborado para Telecom, le son aplicables las previsiones de la Ley 33 de 1985, como quiera que Telecom, ostentaba la calidad de establecimiento público y varió su naturaleza jurídica a Empresa Industrial y Comercial del Estado, normatividad que previó en su artículo 5 que salvo algunas excepciones, sus empleados ostentaban la calidad de trabajadores oficiales; indica el artículo 1 de la Ley 33 de 1985:

El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que en principio al actor le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión con fundamento en la normatividad antes transcrita, toda vez que como se señaló en aparte pertinente, prestó sus servicios a Telecom entre el 26 de octubre de 1987 al 1 de abril de 2003; data para la cual concilió con su empleador terminar la relación laboral y a partir de allí, este último, se comprometió a efectuar el pago de pensión anticipada a favor del actor, así como del pago de los aportes pensionales con destino a Caprecom, hasta que esta Caja reconociera la prestación, lo que en efecto hizo hasta el 31 de marzo de 2008 (fl. 23).

Así las cosas y si bien el actor no alcanzó a cumplir los 20 años de servicios cuando acordó con su empleador dar por terminada la relación laboral, lo cierto es que este último continuó realizando los aportes a Caprecom como si el trabajador tuviera aún relación laboral vigente, acreditándose así el requisito tiempo de servicios requerido en la Ley 33 de 1985, los que alcanzó el 26 de octubre de 2007, data para la cual, se itera, el empleador seguía cotizando a Caprecom para cubrir el riesgo de vejez hasta que fuera subrogado por la Caja de Previsión en mención.

Ahora bien y en cuanto al argumento de la UGPP, entidad que indica en sus alegaciones que no hay lugar a reconocer la prestación objeto de condena en primer grado por cuanto el actor goza de pensión de vejez concedida por el ISS, siendo incompatible que perciba las dos prestaciones por cuanto ambas provienen del tesoro público, argumento que no es de recibo pues dicha cuestión ha sido ampliamente debatida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que entre otras en sentencia SL 2179 del 5 de junio de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, reiteró que la pensión reconocida por el ISS, con fundamento en los tiempos servidos al sector privado, no es incompatible con la causada por la prestación de servicios al sector público, pues la primera de ellas, no es una prestación proveniente del erario; indicó esa Corporación textualmente:

No obstante, esta Sala ha determinado que si la pensión de jubilación se concedió únicamente en virtud de los servicios prestados al Estado, y la de vejez por contar con las semanas exigidas por ley derivadas de servicios

prestados exclusivamente al sector privado, estas resultan plenamente compatibles.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que las pensiones de vejez reconocidas por el ISS hoy Colpensiones no son una asignación proveniente del erario, por ser este un mero administrador de modo que la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política no aplica en estos eventos (CSJ SL 24062, 14 feb. 2005, CSJ SL4413-2014, CSJ SL16083-2015, CSJ SL10671-2016).

Frente a la naturaleza de los recursos administrados por Colpensiones, esta Sala en sentencia CSJ SL 5792 de 2014, reiterada en CSJ SL4538-2018, dijo que:

(...) en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, **esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público**, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley (sic) 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

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

En efecto, en este caso en particular, se trata de dos pensiones que tienen origen diferente, dado que la prestación de vejez que se solicita lo es con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y corresponde a las cotizaciones efectuadas por periodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, y la de jubilación que se otorgó se basó en la Ley 33 de 1985, por tiempo de servicio prestado al Estado previamente a su vinculación al ISS - hoy Colpensiones - como trabajador particular.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, es claro que para el caso bajo estudio y contrario a lo manifestado por la UGPP en sus alegaciones, al actor le asiste derecho a que le reconozca la pensión prevista en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, por haber alcanzado los requisitos para ello y como quiera que para el reconocimiento pensional que efectuó el ISS en el año 2003, únicamente tuvo en cuenta los tiempos cotizados por el actor al sector privado a través de la sociedad Saravia Bravo Ltda., no siendo dable desconocer los laborados por este al sector público y para los cuales, se

demonstró igualmente que su empleador Telecom cotizó para cubrir tal riesgo a favor de Caprecom; proviniendo entonces ambas prestaciones de fuentes distintas de financiación.

En cuanto a la forma de liquidación de dicha prestación como bien lo señaló la decisión consultada, se debe calcular con apego a las previsiones del inciso 3 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a 1 de abril de 1994, al señor Jorge, le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de 55 años, determinándose que su IBL, ascendió a la suma de \$1.566.289, al que aplicada la tasa de reemplazo del 75%, le corresponde una mesada pensional de \$1.174.717, a partir del 1 de abril de 2008, dado que el último aporte pensional efectuado a Caprecom, data de marzo de dicha anualidad (fl. 23)

Prescripción

Sobre este aspecto, se observa que el actor alcanzó los 20 años de servicios requeridos en la Ley 33 de 1985, en el mes de octubre de 2007, data para la cual, ya contaba con 55 años de edad, determinándose que la prestación reclamada, no se vio afecta por el término prescriptivo en tanto reclamó dicha prestación ante Caprecom en el año 2008 (fl. 62) y radicó la acción judicial objeto de pronunciamiento el 7 de abril de 2010 (fl. 66).

En los anteriores términos, se determina que la decisión consultada se encuentra ajustada a derecho, siendo la UGPP, la entidad que actualmente debe pagar la prestación que aquí se confirma, por virtud de lo dispuesto en el Decreto 2090 de 2003, razones por las cuales, se **confirmará** en su totalidad la sentencia objeto de consulta.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme la parte

motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

Salvo voto

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21 2018 221 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: CARMEN LUCY CASTILLO MENDOZA
DEMANDADO: TIVLOCK LTDA

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 veintiséis (26) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021) día previamente 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

Conoce esta Corporación, el fallo proferido por el Juzgado 21 laboral del Circuito, dada la apelación presentada por la parte demandante.

ALEGATOS

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte actora, presentó sus alegatos de conclusión.

SENTENCIA

La señora CARMEN LUCY CASTILLO MENDOZA actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de TIVLOCK

LIMITADA, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió contrato de trabajo a término indefinido, desde el 16 de mayo de 2012 al 5 de febrero de 2018. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indexación de las condenas y las costas del proceso. (fls 5).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que:

- Que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo, desde el 16 de mayo de 2012, para desempeñar el cargo de contadora pública y con un salario mensual inicial de \$600.000,00.
- Que el último salario devengado fue la suma de \$4.200.000,00
- Que estando disfrutando de sus vacaciones, el día 2 de enero de 2018, falleció su progenitora y al solicitar la licencia de luto, la misma le fue negada por la demandada.
- Que debía reintegrarse de sus vacaciones el día 15 de enero de 2018.
- No obstante lo anterior, y dada la licencia de luto, debía regresar el 22 de enero de 2018, pero ante la negativa dada, regresó el 15 de enero de 2018.
- Que a pesar de que fue contratada como contadora pública, le eran impuestas funciones de directora administrativa y financiera.
- Que fue incapacitada desde el 1 al 2 de febrero de 2018.
- Que una vez regresó de su incapacidad se encontró con que la demandada ya había contratado a alguien para reemplazarla en su puesto de trabajo.
- Que el día 5 de febrero de 2018, procedió a presentar su renuncia, en la que señaló como motivos, lo siguientes: continuar con labores a pesar de encontrarse incapacitada o en vacaciones, desarrollar funciones para las que no fue contratada, no habersele concedido la licencia de luto por la muerte de su progenitora e imponerle la obligación de hacer ventas.
- Que la demandada mediante comunicación de fecha 13 de febrero del 2018, aceptó la renuncia, pero rechazó las motivaciones allí esgrimidas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en debida firma la demandada, procedió a dar contestación, en la que acepta los hechos enlistados en los numerales 1, 2, 7, 8, 9, 15, 18, 19, 20, 23, 24, 25, y 26, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de causa para demandar, pago total, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe. (fl.-50 – 69)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintitrés (23) de septiembre de 2019, por la que resolvió:

1. *Declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Carmen Lucy Castillo Mendoza y la sociedad tivlock limitada, desde el 16 de mayo de 2012 hasta el 5 de febrero de 2018;*
2. *Declarar probadas las excepciones de inexistencia de la causa para demandar la licencia de luto, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la pasiva;*
3. *Absolver a la sociedad tivlock limitada de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Carmen Lucy Castillo de las demás pretensiones;*
4. *Condenar a la demandante en costas, liquídense en la suma de \$300.000 como agencias en derecho en favor de la parte demandada;*
5. *Consúltese esta decisión con el superior en el evento de no ser objeto de recurso de apelación, conforme a los lineamientos del artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social.*

Como sustento de su decisión, señaló:

“El problema jurídico se centrará en determinar si en efecto se configura un despido indirecto por parte del aquí demandante, conforme a cada una de las causales que alega en su carta de despido y la normativa en cita, y en consecuencia si tiene derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa de manera indexada. En este asunto no existe discusión porque está así plenamente acreditado y aceptado la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 16 de mayo de 2012 hasta el 5 de febrero de 2018, pues así lo aceptó la pasiva y se allano a la pretensión declarativa por lo que se indicara de esta manera en la parte resolutive de la sentencia, igualmente no existe discusión sobre que el último salario devengado por la demandante es de \$4.200.000. Ahora bien, si se solicita el demandante el pago y la indemnización como consecuencia de la terminación unilateral del contrato por causa imputable entonces al empleador, conforme lo tiene adoctrinado nuestro órgano de cierre, la corte suprema de justicia en sentencia 18344 del 24 de agosto de 2016, radicación 51925, la anterior pretensión se enmarcaría dentro de lo que se denomina un despido indirecto, que se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales

previstas en el literal b del artículo 7 del decreto 2351 de 1965, que modifica el artículo 62 del código sustantivo del trabajo y aunque si bien en principio se ha señalado que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para interpretar jurídicamente judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso la carga de la prueba se invierte de manera que además le corresponde también demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo.

También se tiene aceptado por nuestro órgano de cierre que el documento por medio del cual se termina la relación laboral invocando justas causas simplemente es declarativo de la circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, mas no tiene un carácter demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos, como se tiene entre otras radicados 9826 de la corte suprema de justicia el 22 de octubre de 1997 y que ha sido adoctrinado hasta la fecha. Así las cosas, a la luz de lo previsto en el artículo 167 del código general del proceso, debe acreditar la ex trabajadora aquí demandante la existencia de justas causas que invocó en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo.

En el presente asunto la parte actora allegó al proceso copia de la carta fechada el 5 de febrero de 2018, a folio 35, por medio de la cual dio por terminado el contrato de trabajo en la que se exponen lo siguiente, entre otras cosas: que durante en el tiempo laborado en la empresa TIVLOCK LIMITADA, desde hace mas de 5 años al terminar la jornada laboral, a diario en vacaciones, incluso con incapacidad médica, continuo labores de la sociedad en mi casa. Que el cargo para el cual fui contratado desde contadora publica además el cargo anotado, he venido desarrollando funciones como directora administrativa, como consta en documentos de la empresa. Que estando en vacaciones, la señora madre falleció el 2 de enero de 2018, de lo cual informa por correo electrónico. En el correo también informa que las vacaciones terminarían el 15 de enero de 2018 y que por ley tiene derecho a tomarme los 5 días hábiles por la licencia de luto, como será previsto el numeral 10 adicionado de la ley 1280 de 2009, artículo 1, artículo 57 del código sustantivo de trabajo, e indique que regresaría a trabajar el 22 de enero de 2018, a lo cual usted me manifestó entre otros, que debido a mi responsabilidad y obligación con la compañía debía presentarme el 15 de enero de 2018.

Así mismo, se señala por la parte actora y en la carta misiva relacionada, que téngase en cuenta que ha procurado al máximo no pedir permisos ni personales por sus quebrantos de salud e incluso por su incapacidad, además había tenido que cancelar citas medicas con la eps famisanar, todo aquello porque no se generen traumatismos en desarrollo de las funciones y responsabilidades adquiridas para el desarrollo de las actividades comerciales de la empresa. También señala que lo anterior lo ha puesto en peligro la vida y la salud física y mental por cumplir con funciones encomendadas por la empresa, a riesgo y en contra de recomendaciones médicos tratantes. Así mismo, que el incumplimiento de la obligación legal especial del empleador de conceder al trabajador en caso del fallecimiento de un familiar hasta segundo grado de consanguinidad la licencia remunerada por luto es de 5 días hábiles. De igual manera, por estar cumpliendo sus ordenes y las de la empresa señala que ha venido trabajando horas fuera del horario laboral, es decir, desde la casa en la noche, sábados, domingos y

festivos, afectando notoriamente la salud y por las presiones de todo tipo sin tener descanso físico y mental recomendado por los médicos. Finalmente también señala que por esa situación su estado de salud se ha desmejorado notablemente, indicando como está enterado y sin embargo no ha cambiado la situación laboral. Adicionalmente el día 5 de febrero de 2018 y con mucha extrañeza cuando se reintegra después de 2 días de incapacidad conocida por a quien se le dirige la carta, la representante legal de la demandada, envía correo electrónico el 1 de febrero de 2018 y me cuentan que usted ha contratado un nuevo empleado, además de hallar en el escritorio totalmente desocupado donde reposaban los documentos concernientes a mi labor diaria.

Ahora bien, conforme a cada uno de los motivos que fundamentaron el despido, se debe precisar que la actora no probó haber laborado desde su casa en épocas de incapacidad o en vacaciones, pues sin ningún elemento probatorio apporto al respecto, y por el contrario se observa a folio 22 copia de una incapacidad medica de los días 1 y 2 de febrero de 2018, que nada acredita que hubiese laborado esos días, además se lee a folios 21 copia del correo electrónico del 1 de febrero de 2018, en el cual el gerente de la empresa, Mario Wiseman le indica: acabo de ver este e mail y veo que si le dieron incapacidad para hoy y mañana, así que la espero el lunes, situación que deja entre ver que no se le obligó a trabajar y a laborar en esos días. Ahora bien, si bien el representante legal de la sociedad accionada menciona que a veces en vacaciones la demandante debía estar pendiente de la empresa por cuestiones de impuestos, pagos que se hacían normalmente el 17 y 22 de enero, ello por si solo no comporta un elemento de juicio suficiente para estructurar una causal imputable al empleador, pues también menciono que no debía presentar informes ni trabajos, como tampoco especificó la carta de renuncia las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las supuestas actividades laborales que debía realizar la demandante en vacaciones, tales como las tareas encomendadas en vacaciones, que en periodos de vacaciones se le exigiera laborar y las condiciones en que desempeñó dicha labor, lo anterior a fin de determinar la inmediatez de la supuesta causa y la conducta sistemática del empleador, elementos propios del despido indirecto y que no es posible determinar con la sola carta de despido, pues si bien también se señala por la parte demandante en su interrogatorio de parte al absolverlo en este estrado judicial, que en incapacidades le habían solicitado algunas veces trabajar, pero lo hacía a motu proprio por la responsabilidad que ella misma tenía.

De otro lado, fue contratada para desempeñar el cargo de contadora, pero que no obstante también ejerció funciones de directora administrativa, frente a lo cual la empresa al contestar el hecho décimo séptimo de la demanda señalo que si bien el cargo escrito en el contrato es de contadora publica, el cual no se encuentra firmado por la persona jurídica de la sociedad, las funciones también incluye las de contadora, administradora de recursos humanos, y otros acordes con las ordenes e instrucciones que la gerencia general le hiciere llegar. Ahora bien, revisada la copia del contrato de trabajo, el cual no fue desconocido por la pasiva, si bien se señala que no tiene firma el documento, se indico que este no era el documento que los había unido, se relaciona como el cargo u oficio a desempeñar el de contadora publica, también es cierto que se estableció en la cláusula 1 como objeto del contrato: contrata los servicios profesionales del trabajador, el cual debe ocupar varias posiciones y encontrar diferentes tipos de compromisos. Por lo cual la empresa, por lo tanto,

es considerada un trabajador de dirección, confianza y manejo, por lo cual no habrá lugar al pago de horas extras, señala en dicho documento. Igualmente también se señala que con efecto, con ejercicio de su poder subordinante en el contrato a folio 18, que el lugar de prestación de servicio, el cargo, oficio y funciones y la forma de remuneración podrán ser variados. Conforme a lo anterior, se evidencia que en efecto la denominación del cargo contratado por la demandante fue el de contadora pública, sin embargo se evidencia también de la certificación obrante en el plenario que también desempeñó las funciones de directora administrativa, se evidencia también que dentro del objeto del contrato se estipuló que la actora cumplía diferentes tipos de compromisos, sin que se enumeren concretamente cada una de las funciones asignadas al momento de la vinculación laboral; no obstante se tiene que al absolver el interrogatorio la misma demandante señaló que desde junio de 2012 ejerció labores de jefe de personal con responsabilidades de hacer la nómina, desde el año 2016 le asignaron funciones en ventas. Es decir, que la demandante desde el año 2012 ha desempeñado funciones diferentes a la de contadora, las cuales se sumaron en otras en el área de ventas en el año 2016, según el propio dicho de la actora, por lo que no puede ahora en el momento de la terminación del contrato alegar tal circunstancia como causal de despido imputable al empleador, comoquiera que no se evidencia la existencia de una inmediatez entre la ocurrencia de la supuesta falta y la decisión de la trabajadora de dar por terminado el contrato de trabajo. Al respecto, nuestro órgano de cierre, ha dejado por sentado que la inmediatez protege a las partes para que se tomen un término prudencial entre los hechos y el despido que se alega. Así como la sentencia sl4212, la corte suprema de justicia determinó que las razones que justifican esta terminación de ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal determinación. Y es que en realidad la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro del término prudencial razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo en realidad lo es, es decir, que se evidencie entonces un nexo causal entre el uno y el otro. Conforme lo expuesto, resulta claro que las afirmaciones de la actora no tienen la identidad suficiente para endilgarse como una justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, máxime cuando adujo en su interrogatorio que nunca manifestó ningún tipo de inconformidad alguna durante la vigencia del vínculo laboral, respecto de las funciones asignadas por el empleador, circunstancia que tan solo ocurre hasta el 31 de enero de 2018, cuando se le informaron que tan solo le aumentarían \$20.000 de salario, donde ella misma informa que fue en ese momento cuando indicó que ante ese aumento pues ya no ejercería las otras funciones adicionales, sino que simplemente haría solamente las de contadora pública. Es de acotar que durante toda la relación laboral, pese a que la actora cumplía otras funciones diferentes a la que se había inicialmente contratada, de cargo de contadora pública, nunca en ningún momento puso en conocimiento esa situación o algún inconformismo o alguna manifestación que hubiera solicitado que se relevara de esas informaciones o el empleador se hubiera negado, todo lo contrario, ella ejerció sus labores, tuvo aumentos de salarios como ella misma lo indica desde el año siguiente, aumentos considerables, incluso sobrepasando los aumentos del ipc, y por tanto, tan solo manifiesta su inconformismo cuando un momento no le aumentan el salario en la forma que ella esperaba sea y que incluso manifiesta no le aumentan el salario conforme al otro profesional que se lo aumentaron en \$300.000. Sobre este punto, y ahora también debe señalarse que también

frente al tema de los puntos que también basa sobre la terminación del contrato por parte de la demandante, es en que el hecho de que el empleador no le concedió el permiso por luto a que tiene derecho por ley, sobre este asunto el numeral 10 del artículo 57 del código sustantivo del trabajo, adicionado por la ley 1280 de 2009, establece lo siguiente: Son obligaciones especiales del empleador: Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de 5 días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la licencia por luto que trata este numeral. Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los 30 días siguientes a su ocurrencia. Ahora bien, se tiene dentro del plenario la impresión del correo electrónico enviado por la actora al representante legal, señor Mario Wiseman, el 9 de enero de 2018, folio 70, en donde se indica entre otras lo siguiente: también para informarle que voy a tomar la licencia de luto son 5 días hábiles, ya que las vacaciones se suspenden y las terminé el 24 de enero e ingresaré el 25 del mes. Además, debo dejar algunas cosas de mi mamá organizadas para no estar en permisos más adelante, al igual que he estado en control médico, ya que estos días se me ha acelerado un poco la taquicardia. El 11 de enero de 2018, se da respuesta a esta misiva, como se observa a folio 71 en donde se lee textualmente, buenas tardes Lucy, antes de nada, quiero volver a transmitirle nuestro más sentido pésame por la pérdida de su mamá, realmente me sorprende mucho su email y lo justifico pensando que está muy sentida con su pérdida. No creo que en algún momento la necesitéramos más de lo requerido de acuerdo a su cargo y por lo contrario, fui muy complaciente y siempre fui muy paciente con las faltas y obligaciones que tenía con su mamá. Nunca hice cuentas sobre las horas o días que no vino a trabajo, más o menos del correspondiente horario, pues considero que esto está dentro del cargo y las obligaciones que usted ocupa dentro de la empresa. Por lo que entiendo como hace la cuenta hasta el 25 cuando todos deben reintegrarse el día 15 y 5 días más, hace usted que debe reintegrarse entonces el 22, pero debido a su responsabilidad y obligaciones con la compañía, se debe reintegrarse el 15, ver quien se presenta a trabajar y quien no, entregar el dinero para caja menor, apilar junto con las claves para facturar, para que ella se encargue de la parte administrativa mientras usted no esté, y luego cuando todo esté encaminado y si usted considera necesita tiempo adicional, pues tiene la autonomía para tomárselo pero sin dejar de estar pendiente de las obligaciones y responsabilidades que tiene.

De la lectura de los dos correos electrónicos se advierte en primer lugar que la demandante decide informar que se tomaría los 5 días adicionales a las vacaciones por concepto de licencia por luto, dado el fallecimiento de su madre, es decir, no elevó una solicitud a la empleadora a fin de que este procediera a conceder la licencia, conforme lo indica la norma. No puede entenderse entonces que es una potestad unilateral del trabajador como en este caso pretendió la promotora de la litis, sino que ese asunto debe ser puesto en consideración del empleador, quien como se observa en la misiva, tampoco se solicita como tal, tan solamente se dice que se va a tomar los días y que se reintegrará en una fecha posterior. En segundo lugar, conforme a la respuesta dada por el empleador en el correo antes transcrito, se advierte que en ninguna de las líneas se le niega a la ex trabajadora disfrutar de los días

de licencia de luto por la muerte de su madre, lo que se vislumbra es que se le informó es que debe estar el 15 de enero debido a la responsabilidad y obligaciones de la demandante y seguidamente se le indica que puede tomarse los días que considere necesarios. Ahora conforme se advierte del interrogatorio a la actora, esta regresa a laborar del 15 de enero de 2018 y dejó listos los impuestos nacionales y distritales, pero no volvió a solicitar días de vacaciones o licencia de luto, advirtiéndole que el empleador ya le había puesto de presente que una vez dejara ciertas responsabilidades de su cargo listas, podía tomarse los días que considerara pertinentes. Además que la demandante señaló que era la única persona que podía liquidar los impuestos de la empresa, por lo que no resulta desproporcionada la exigencia del empleador ante la responsabilidad de confianza y manejo que requería sobre al ex trabajadora de la empresa; máxime cuando se le indica que tenía autonomía para tomarse unos días adicionales si lo consideraba, sin que se observe una negación como tal por parte del empleador en la respuesta del correo, como tampoco al momento de responder el interrogatorio de parte el representante legal de la demandada. En todo caso, puede llegarse a entender que se le niega la licencia, en este caso particular, no se observa el incumplimiento grave de las obligaciones del empleador, por cuanto el acontecimiento que dio lugar a la licencia por luto fue el fallecimiento de su madre que ocurrió el 2 de enero de 2018, esta solicita tan solo hasta el 9 enero de 2018 y la actora se reintegra a sus labores el 15 de enero de esa misma anualidad, por lo que la finalidad de la licencia de luto se cumplió ya que la actora pudo asistir a las exequias de su madre, además dejó de transcurrir 5 días para solicitar la licencia luego del fallecimiento, por lo que el tiempo de duelo se tendría cumplido o las intenciones de la norma ya referida, y en todo caso se facultó a la actora para tomarse unos días que le faltaren para descansar, una vez cumpliera con los compromisos aludidos. En ese sentido entonces se podría entender claramente que la actora se cumplió con la finalidad, ya que la actora permaneció o estuvo presente en las exequias de su madre, estuvo los días adicionales, incluso estuvo los 5 días posteriores y ya el 9 de enero es tan solo donde informa que se tomará unos días adicionales a eso, a lo que se le responde, no se le responde de manera negativa sino se le indica tan solo que se regrese a cumplir unos compromisos y que podrá disponer del tiempo y podrá tomárselo sin que la misma actora haga una solicitud al respecto. Ahora bien, también podría entenderse en este asunto y conforme el mismo que indica la demandante en su interrogatorio de parte, que en el momento en que finales de enero del año 2018, se le informa del aumento que es \$20.000 donde ella lo que manifiesta claramente es que no lo aceptaría, no aceptaría ese aumento de \$20.000 y mas cuando a una persona se le ha aumentado \$300.000, al otro profesional de la empresa, por ende es claro para este despacho, considera este despacho, que aun en caso de que se tuviera y en gracia de discusión existiera que se hubiera negado la licencia de luto, lo cual no queda claramente evidenciado y claramente probado en este proceso, no lo es menos que la aquí demandante no podríamos entender que este fue el nexo causal que dio lugar al finiquito de la relación contractual, mas aun cuando ella misma manifiesta que trabajó esos 15 días adicionales y fue hasta el momento en que no le aumentaron el salario y que después de 2 días de incapacidad que fue ya cuando presentó su renuncia, por el hecho de que estaba incluso otra persona. Ahora en ningún elemento probatorio tampoco aporta la actora tendiente a acreditar que tuvo que cancelar citas medicas con su eps para que no se generaran traumatismos en el desarrollo de sus funciones, como tampoco la afectación de salud por

supuestamente estar laborando en la noche, sábados y domingos con las presiones de todo tipo sin tener descanso físico y mental, pues tales circunstancias tan solo quedaban en el mismo dicho de la demandante, además ella manifiesta que era conforme a sus responsabilidades por eso se le exigía ninguna adicional, incluso se informa tanto por el representante legal de la demandada como la demandante que incluso los días viernes presentaron su informe y se quedaban algunos horarios adicionales, pero era por orden porque la zona no era segura y pues la orden era que todos salieran al tiempo, incluso la esperaban para salir. Por ultimo indico como causal que el día 5 de febrero de 2018 al reintegrarse de sus dos días de incapacidad, la empresa había contratado un nuevo empleado y que había encontrado el escritorio totalmente desocupado; en cuanto a la contratación de un nuevo trabajador por parte de la empresa, no es óbice para que se endilgue causal alguna al empleador, pues no se encuentra como un incumplimiento de sus obligaciones, y respecto al hecho que la actora encontró desocupado su puesto de trabajo, tampoco fue probado por la misma dentro del presente proceso. Tan solo se tiene la certeza que se contrató una nueva persona, según el dicho de la parte demandada, para suplir las necesidades por parte de un mes, sin que se acreditara o desvirtuara una situación diferente o se probara por la demandante que efectivamente se había terminado su relación y hubiera sido otro el destino del proceso donde se hubiera indicado que fue el empleador que termino la relación, pero claramente aquí no hubo discusión que fue el 5 de febrero que ella presenta su carta de renuncia, carta de renuncia que posteriormente fuera aceptada y fecha hasta cuando se terminó la relación como tal. Por lo anteriormente expuesto, observa el despacho que no puede accederse a las pretensiones de la demanda, de declarar como injusto el despido o un despido indirecto por causas atribuibles al empleador y consecuentemente no se podrá condenar a la indemnización por este tópico, y por ende, la indexación solicitada, ya que como se señala, no se logra conforme al material probatorio recaudado, demostrar las causales que invoca en su carta de renuncia como imputables al empleador, lo cual no es óbice igualmente tampoco es la gravedad que esta revestía en caso concreto de la licencia de luto, en caso de haberse entendido que esta fue como señala la actora, negada y que este fue un grave incumplimiento entonces de las obligaciones de la parte demandada. De otro lado, y dadas las results del proceso, se declararán probadas las excepciones de inexistencia de causa para la licencia de luto, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y se liberará el despacho del estudio de los demás medios exceptivos. Debe acotarse que también se puede entender que la licencia de luto, que hubiera ocurrido dentro del periodo de vacaciones, de incapacidades, licencias, pues se podría entender que interrumpe esas situaciones especiales, lo que aquí en el caso pues conforme incluso a lo manifestado en la contestación de la demanda e incluso en lo manifestado en el correo electrónico que está en el expediente, se indica que se podrá tomar los días adicionales después. Por tanto, pues también podría haberse desde una óptica de una interrupción como tal de estas situaciones especiales que lo daría la licencia de luto en caso de que no se pueda hablar como se observa de una negativa como tal. Se condenará en costas a cargo de la parte demandante, fijando como agencias en derecho el valor de \$300.000. En mérito de lo expuesto, el juzgado 21 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:..”

RECURSO DE APELACIÓ

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación señalando

“Gracias señora juez, siendo el momento procesal oportuno en principio interpongo el recurso de apelación en contra de la decisión adoptada por su despacho, con base en las siguientes razones: en primer lugar, en el despido indirecto se alegaron varias causas que darían lugar a la terminación del contrato por la renuncia motivada que radico la demandante, dentro de las pruebas recaudadas y dentro de las razones que se indicaron como incapacidad o vacaciones, de las pruebas que se recaudaron se puede constatar, primero que la señora Carmen Lucy era la única persona que era la autorizada para realizar todo el trámite de los impuestos, y como se evidencio en el interrogatorio de parte del representante legal, ella debía realizar eso durante el periodo antes del 20 de enero, y la señora Carmen Lucy manifestó que antes de iniciar o de recobrar sus respectivas funciones ella en sus vacaciones realizaba todo el trámite de los impuestos, lo cual evidencia que durante sus vacaciones tenía que estar pendiente de las funciones u obligaciones de su cargo, de igual manera tal como ella lo confesó o lo manifestó en su interrogatorio, para el día 2 de enero de 2018, que fue cuando falleció su progenitora, ella indico que tenía que ir hasta las instalaciones de la empresa para poder abrirle a un señor de apellido Moya, en cumplimiento de sus funciones y para poder dejar en claro todo lo que tenía que ver con los pagos de seguridad social y demás funciones que según el representante legal, eran de su cargo. Lo cual probaría que efectivamente la señora Carmen Lucy tuvo que trabajar durante sus vacaciones, aunado a ello, la situación en la cual ella manifiesta que lo hacía motu proprio o por responsabilidad de ella, no quería decir específicamente que ella lo hiciera porque le naciera hacerlo sino por responsabilidad de su trabajo debido a que tal como lo confeso el representante legal ella se encargaba de todo, porque el permanecía fuera del país de manera constante, por ello ella tenía que estar pendiente de todas las obligaciones que estaban inclusive en sus vacaciones o en sus incapacidades que le fueron brindadas, o en las incapacidades cuando estuvo fuera por la afectación de su salud. Ahora bien, en lo que tiene que ver con el cargo de la contadora, si bien es cierto dentro del contrato de trabajo se estableció que ella tenía el cargo de contadora y que podía haber variación dentro del cargo de las funciones, es necesario tener en cuenta que esta situación no puede adoptarla el empleador a motu proprio, para ello tendría que haber un consenso o un acuerdo entre las partes para poder hacer esas modificaciones, en virtud del principio del ius variandi no podría solamente el empleador realizar ese tipo de actividades sin tener en consideración cuales eran las actividades o funciones y el perfil para el cual fue contratada principalmente. Lo que se pudo constatar dentro del material probatorio fue que ella en principio si fue contratada como contadora, pero que eventualmente le pusieron funciones que no tenían que ver con el cargo inicial, y no existió mutuo acuerdo, ella solamente manifestó me las impusieron sin que existiera nada que acreditara ello o que se pudiera verificar cual era la necesidad para poder realizar esas funciones, por ello, no solamente se podría decir que no hubo carga de la prueba en este punto, sino que ella en todo momento la realizo sin que existiera acuerdo entre ellos para estas situaciones. Frente a la licencia de luto, hay que tener en consideración que

pues la señora Carmen Lucy era una trabajadora subordinada, en este caso a pesar de que sea una trabajadora subordinada y tiene un cargo de dirección, confianza y manejo, un trabajador subordinado no puede a motu proprio adoptar todas las condiciones y ausentarse de su lugar de trabajo sin autorización previa de su empleador, en ese orden de ideas, cuando ella informó que se tomaría la licencia, esta situación en ningún momento podría, le estaba informando al empleador que lo realizaría, sin embargo, ante la manifestación realizada por el representante legal cuando le indico que tenía que presentarse el 15 y que después lo podría hacer pero estando al tanto de las obligaciones que tenía, eso no quiere decir que se lo hubiera concedido, porque le estaba diciendo: vuelva acá, realice sus funciones y tómese la pero tiene que estar pendiente de las obligaciones, es decir, en ningún momento se la concedió, ahí solamente él está afirmando que tenía que reintegrarse y que nunca se desligara de lo que ella estaba haciendo con sus obligaciones, esa no es la finalidad ni tampoco el objeto de una licencia, porque para ello tendría que estar pendiente de todo lo que paso en su luto pero en este caso lo que se le dijo fue que estuviera pendiente de sus obligaciones pese a que ya lo había solicitado previamente. En la parte que no lo volvía a solicitar, señora juez, pues ella en su principio ya lo había hecho, no era necesario volverlo a hacer cuando evidentemente lo que le dijeron a ella es que se la podía tomar pero que estuviera pendiente de sus obligaciones, situación que es totalmente incongruente con el objeto de la licencia que fue recalcada a través de la sentencia. Finalmente, en lo que tiene que ver con los informes que la señora Carmen Lucy tenía que realizar, téngase en cuenta que el señor representante legal manifestó que existía un horario de trabajo que tenía que cumplir la señora, en ese orden de ideas el confesó a través del interrogatorio que la señora Carmen Lucy tenía que quedarse los días viernes a presentar informes, si bien es cierto ella dijo que eso era para que todos salieran acompañados, esta situación deja entrever que ella en algún momento no se hubiera podido ausentar de realizar los mismos, que quiere decir ello, ella en principio manifestaba que los podía hacer desde su casa, pero a partir del año 2017 le tocaba acudir directamente hasta la empresa para poder realizarlos, y que evidentemente le tocaba quedarse horas extras y le tocaba realizar esa función por fuera de su horario laboral, y las otras personas tenían que quedarse con ella para hacerlo, y lo cual era una obligación evidentemente de la señora, tal como lo estableció el representante legal. Con base en lo definido anteriormente considero señora juez que en el proceso si se encuentra acreditado al menos alguna de las causales que invoco la demandante para que se configure la renuncia motivada y de esa forma acceder a la indemnización por despido sin justa causa que se está solicitando en este litigio. En ese orden de ideas le solicito al honorable tribunal superior de Bogotá, se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar, con base en el recaudo probatorio y las alegaciones de este recurso de apelación, se revoque y se condene a la demandada a la indemnización por despido sin justa causa, con base en lo motivado. Muchas gracias, señora juez”

Consideraciones

Teniendo en cuenta el término del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, esta Sala encuentra que el punto de reproche, consiste en

establecer si procede en el presente caso el reconocimiento y pago de la indemnización por despido indirecto.

Así las cosas, se encuentra que en el presente caso se tiene que no fueron hechos objeto de discusión, los relacionados a la existencia del contrato de trabajo, el término o duración del mismo y el salario devengado por la actora, como quiera que los mismos fueron aceptados por la demandada en su escrito de contestación y además se corroboran con la documental allegada al plenario, esto es la copia del contrato de trabajo (fl.-17) y la renuncia presentada por la actora (fl.-35-36). Por lo anterior, se encuentra que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 16 de mayo de 2012 y hasta el 5 de febrero del año 2018, fecha en la cual devengaba como salario promedio la suma de \$4.2000.000,00.

Del despido indirecto

Señala el recurrente que las causales esgrimidas por la actora en su renuncia fueron acreditadas en el curso del debate probatorio, las cuales se resumen en que debía laborar en vacaciones y licencias, que se le efectuó un cambio de funciones y que no le fue concedida la licencia por luto.

En relación con este tema se encuentra que de vieja data la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, como en sentencia rad. 13648 del 6 abril de 2001, la cual a la fecha continua vigente, que para la configuración del despido indirecto, se debe tener en cuenta tres requisitos: *«(i) que sea el trabajador quien en un acto de voluntad manifieste su intención de dimitir la relación, (ii) que dentro de ese acto exponga con claridad la motivación que, ajustada a una o varias de las causales contempladas en el literal b) del artículo 7o del Decreto 2351 de 1965, lo llevó a tomar tal determinación y, (iii) cumplir con la carga probatoria impuesta demostrando efectivamente que el empleador incurrió en las conductas imputadas»*.

Ahora bien, en el presente caso y luego de la revisión de las pruebas allegadas al plenario, esta Colegiatura encuentra que la decisión adoptada por la Juez de Primer Grado, no fue acertada en uno de sus aspectos y por ello se hace necesario revocar la misma.

Lo anterior, se afirma como quiera que efectivamente no existe prueba documental, testimonial o de cualquier índole, que demuestre de manera fehaciente que la actora laboró o prestó servicios para la empresa demandada durante el tiempo en que se encontraba disfrutando de sus vacaciones o de alguna licencia.

Igualmente se tiene que debe acreditarse el nexo causal entre el hecho generador y la decisión de terminar con el vínculo, lo cual no ocurrió, tratándose del cambio de funciones, ya que como lo indicó la Juez de primer grado, la parte actora aceptó en el interrogatorio de parte que dicho cambio se empezó a efectuar desde el año 2012, por lo que no puede endilgar dicha causa 6 años después.

No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo con lo relacionado a la licencia por luto, ya que contrario a lo manifestado por la Juez de Primer Grado, el hecho de que la misma no lo hubiera solicitado sino 7 días después del fallecimiento de su progenitora no es óbice para que la misma sea negada en los términos de la demandada.

Así las cosas se encuentra que la Ley 1280 de 2009, en su art. 1, modificó el art. 57 del C.S.T. en el que señaló:

“Artículo 1º. Adicionar un numeral al artículo [57](#) del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

10. Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia.”

De la lectura de lo anterior, se desprende que, contrario a lo señalado por la juez de instancia, la norma no exige un término o un procedimiento para acceder dicha licencia, y claramente, tal y como en reiteradas oportunidades lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, esta tiene la virtud de interrumpir las vacaciones, que venía disfrutando la actora, por lo que no podía la demandada, señalarle que debía presentarse a laborar el día 15 de

diciembre de 2018, así le hubiera indicado que posteriormente podría tomar los días que encontrara necesarios.

Por todo lo anterior, y ante la demostración por parte de la actora de este hecho, se hace necesario revocar la decisión adoptada por la Juez de Primer Grado y en su lugar, condena a la demandada a pagar en favor de la actora la suma de \$17.561.600,00, suma ésta que deberá ser indexada al momento de su pago.

Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandada y en favor de la parte actora.

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 S U E L V E

PRIMERO. REVOCAR la sentencia apelada, y en su lugar **CONDENAR** a la demandada de TIVLOCK LTDA, al reconocimiento y pago de la INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CASUSA, en cuantía de \$17.561.600,00, suma esta que deberá ser indexada al momento del pago, por las razones antes señaladas.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte demandada y en favor de la parte actora.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S.S.

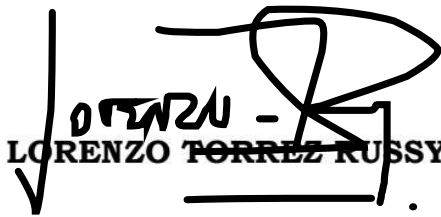
Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - H' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lorenzo - R' with a period at the end.

LORENZO TORREZ RUSSY



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2018-156-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MORELIA CASTAÑO HERNÁNDEZ

DEMANDADO: MARIO EFRAÍN MURCIA PRIETO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiséis (26) días del mes de marzo 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 la apelación presentada por el apoderado de la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de agosto de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, no fueron remitidas por ninguna de ellas.

ANTECEDENTES

La señora MORELIA CASTAÑO HERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre ella y el demandado, existió un contrato laboral a término indefinido desde el 16 de diciembre del año 2003 al 15 de marzo de 2016, que el promedio salarial percibido en los últimos 3 meses corresponde a la suma de \$37.590,



que no ha habido solución de continuidad en dicha relación laboral y la terminación de la misma, obedeció a una causa injusta imputable al empleador; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene al demandado a efectuar en su favor el pago de indemnización por despido sin justa causa, la suma de \$2.835.000, por concepto de incapacidades no canceladas entre el 10 de enero de 2015 al 30 de marzo del mismo año, al pago de auxilio de cesantías por toda la vigencia de la relación laboral, al igual que los intereses de estas, vacaciones, subsidio de transporte, pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, indemnización por no consignación de cesantía prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y al daño moral como consecuencia de la terminación de la relación laboral. (fl.3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre ella y el demandado, celebraron un contrato de trabajo verbal a término indefinido el 16 de diciembre del 2003, siendo contratada para realizar labores domésticas en el apartamento del demandado, cumpliendo un horario comprendido entre las 7:00 a.m., hasta las 2:45 p.m., el que en ocasiones se extendía hasta las 4:30 P.M., que pactó con el demandado una remuneración diaria de \$13.000 y para el año 2014, el demandado aumentó su salario en \$35.000 diarios, valor que se mantuvo hasta el 15 de marzo de 2016 y dicho pago se realizaba en el apartamento del demandado, en el que ejecutaba sus labores, que dicha relación laboral se extendió por 12 años y durante la misma, el demandado no efectuó a su favor los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales.

Afirma que en el mes de enero de 2016, el demandado aduciendo problemas económicos, modificó su horario de trabajo, asignándole sólo un día de labores a la semana, para finalmente el 15 de marzo de 2016, indicarle que no volviera más a trabajar. Señala por último que durante la relación laboral el demandado nunca pago auxilio de cesantías, interés a la cesantía, subsidio de transporte, vacaciones y fue intervenida quirúrgicamente el 5 de enero de 2010, siéndole expedida incapacidad por 3 meses, la que no fue reconocida ni



pagada por el empleador. Que el señor Mario Murcia, se ha negado a reconocer los derechos derivados de la relación laboral, por lo que lo citó a diligencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, la que se llevó a cabo el 20 de junio de 2016, ofreciéndole el demandado la suma de \$3.000.000, la que no fue aceptada por su parte. (fls. 2 y 3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó parcialmente los No. 2, 6 y 8 referentes a las labores desempeñadas por la demandante y la forma de pago como contraprestación a esta, así como la diligencia de conciliación llevada a cabo ante el ministerio de trabajo y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo del demandado. (fl.39)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que entre la señora Morelia Castaño Hernández y el señor Mario Efraín Murcia Prieto existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 16 de diciembre de 2003 y el 15 de marzo de 2016; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probados los demás medios exceptivos; condenó al demandado a pagar la suma de \$1.963.139 por concepto de cesantías; \$51.988 por concepto de intereses a las cesantías; \$165.996 por concepto de compensación de vacaciones, junto con indexación al momento de su pago; \$147.770 por auxilio de transporte, junto con indexación al momento de su pago; \$192.500 por sanción por la no consignación a un fondo de cesantías; al pago de los intereses moratorios que hayan causado y que se causen en lo sucesivo sobre valor adeudado de prestaciones sociales, esto es, sobre la suma de \$2.015.119 a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera de Colombia a partir del 16 de marzo de 2016 y hasta cuando el pago se verifique y al pago de los aportes en pensión a favor de la demandante por el periodo



comprendido entre el 16 de diciembre de 2003 al 15 de marzo de 2016, con base en el cálculo actuarial que efectúe Colpensiones, teniendo como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, negó las demás pretensiones de demanda y condenó en costas al demandado. (fl. 188)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Ahora bien, en este asunto se observa entonces que como se acotó anteriormente, que se soporta en que se declare una relación entre la demandante señora Morelia y el señor Mario Efraín Murcia, que existió un contrato de trabajo a término indefinido, cuyos extremos se ponen desde el 16 de diciembre de 2003 hasta el 15 de marzo de 2016, a ello se opone el demandado pues refiere que estricto sentido no existe un contrato de trabajo como tal, toda vez que dentro de dicho periodo existieron muchas interrupciones prolongadas sin debida justificación, y dada la naturaleza que regía la relación bajo la informalidad, no había forma de ejercer ningún tipo de control sobre la misma. Así las cosas debe recordarse que conforme lo consagra el artículo 22 del código sustantivo del trabajo, el contrato de trabajo debe entenderse como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio a una persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración. Adicionalmente se señala que para que exista un vínculo laboral de esta naturaleza, esté definido el artículo 23 de la misma norma se requiere que concurren la actividad personal del trabajador, los 3 elementos, actividad continuada del trabajador, actividad personal, la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador y un salario como retribución del servicio. También se debe indicar que pese a que no se le dé la denominación de contrato de trabajo, ni pese a las formalidades, desde que se reúnan estos 3 elementos estaríamos en presencia de una relación laboral. De igual forma debe tenerse en cuenta que el artículo 24 del código sustantivo de trabajo, se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Planteadas así las cosas es claro que la prosperidad del reconocimiento de los derechos a favor de la trabajadora demandante se centrará inicialmente en la demostración de la existencia de la prestación personal del servicio y sus extremos temporales. Para ello, entra el despacho entonces a analizar las pruebas que han sido allegadas a los autos, para establecer si en efecto se logró el extremo de acreditar dichos tópicos.

Como prueba documental obra el certificado laboral expedido por el aquí demandado en el que se deja constancia que la demandante prestaba los servicios a favor de este desde el 16 de diciembre de 2003, en un horario de 7 de la mañana a 2 y 45 de la tarde, devengando por día la suma de \$19.000, dicha certificación registra como fecha de expedición el 11 de enero de 2009; a folio 13, documental que se encuentra su soporte con interrogatorio de parte rendido por el señor Murcia cuando manifiesta que su firma correspondía a la consignada en el documento y aunque desconoce su contenido, lo cierto es que dentro de las oportunidades procesales no realizó el trámite respectivo establecido en el código general del proceso para el desconocimiento de documentos, por tal se considera que este tiene valor probatorio. Así mismo obra a folios 25 a 26 del expediente constancia de no acuerdo de conciliación, a folio 27 con fecha 20 de junio de 2016 en el que el demandado indicó no corresponder a la relación que tenía a ninguna de las de carácter laboral, pues era independiente, no se controlaban horarios, no se le daba ningún tipo de directriz y frente a las labores que desempeña acotó corresponder a lavar, cocinar, realizar los oficios de la casa. De otro lado a folios 44 a 136 del paginario se aporta ingreso de entradas y salidas peatonal y vehicular en los que se extrae los días en que la demandante llegaba al hogar del señor Murcia, en los documentos se registra la fecha, hora de ingreso y nombre de la persona que llegaba a la residencia, demandante, la cedula, persona quien autorizaba el ingreso, el apartamento, la torre, la hora de salida y en observaciones empleada dentro del periodo comprendido entre el 18 de septiembre de 2014 al 15 de marzo de 2016.



Adicionalmente se reciben las declaraciones y se practican las siguientes pruebas en audiencia, en interrogatorio inicialmente al demandado donde señala que contrató a la demandante en el 2003, más o menos a mediados de ese año, que la esposa era la que entendía directamente con ella, que siempre laboró dos veces a la semana, que no siempre asistió los mismos días, unas veces no asistió, que a partir de 2015 solo asistía a realizar las labores una vez a la semana, refirió que para el año 2007 fue víctima de un robo por parte de la empleada doméstica, por lo que para dicha data no trabajó la demandante con la familia; agregó que la esposa le había contado que la demandante estuvo incapacitada por un tiempo por una operación que le hicieron de los pies y que durante su incapacidad había enviado a su hermana para que la reemplazara, es importante precisar que este suceso el demandado indicó no tener la fecha exacta. Finalmente señala que para el año 2016 dejó de prestar labores por así contárselo su esposa. Por su parte la testigo Nora Sanguino López manifiesta ser la esposa del aquí demandado que empezó a trabajar desde el año 2003 la demandante los días martes y jueves aunque muchas veces cambio los días laborando, o muchas veces no asistía a realizar las labores por la enfermedad que le aquejaba al padre e de esta. Indicó que para los años 2006 y 2007 no trabajó la demandante, por lo que se vio en la obligación de contratar a otra persona quien lo robó y mucho tiempo después volvió la actora; así mismo, señala que para el año 2010 la demandante estuvo incapacitada y que fue su hermana la que acudió en su reemplazo. Frente a la testigo Luz Marina Castaño Hernández se corrobora que en efecto para el año 2010 la demandante fue intervenida quirúrgicamente en sus pies, fue la deponente quien realizó el reemplazo de su hermana entre el 5 de enero de 2010 al 30 marzo de 2010, frente a las demás situaciones fácticas en relación con la labor desempeñada por su hermana nada aporta a este proceso, teniendo en cuenta que todo lo que refirió fue porque así se lo contó su hermana, agregando la imposibilidad de ser testigo presencial frente a la subordinación o llamados de atención.

Por otro lado y frente a la testigo Dilia Janeth Guzmán lo único que refirió fue lo del suceso del hurto, indicando que se había presentado en la vivienda del demandado, señalando también que como para la época era la administradora del conjunto realizó la inspección para el año 2006 y que lo había cometido una persona que había llegado a realizar el aseo para ese día específico, frente a situaciones de modo, tiempo y lugar de como prestó las labores la aquí demandante indicó que no constarle absolutamente nada y que solo refiere que solo vio pero que no tuvo contacto con ella. Así mismo, la testigo Luz Stella Sanguino López manifiesta conocer a la demandante por habérsela presentado su hermana la señora Nora Sanguino López, que presta sus servicios a favor de ella desde el año 2004 a 2011, para los días lunes, miércoles y viernes, indico constarle que las ordenes se las daba directamente la hermana y el pago que le realizaban por la labor, señaló que creía que era la hermana o la pareja, frente a los interrogantes de salario y las veces que realizaba las labores en la casa del señor Murcia manifestó no constarle dicha situación. Del material probatorio obrante en el expediente se desprende que en efecto entre las partes hubo un contrato de trabajo verbal a término indefinido, que trabajan por días, aunque el actor refiere que desde la contestación de la demanda no tratarse de un contrato de trabajo propiamente dicho, teniendo en cuenta que el mismo se veía constantemente interrumpido por la actora ante ausencias, faltas injustificadas, entre otros, lo cierto es que queda probado que la demandante realizaba las labores en el hogar del demandado dos veces a la semana, esto es los martes y los jueves, pues así lo confesó el señor Murcia dentro de su interrogatorio, y aunque si bien indico que a partir del año 2015 la demandante empezó solo a realizar labores un día a la semana, el despacho establecerá su periodicidad conforme a la documental que obra a folios 49 a 137 del expediente.

Ahora bien, en este punto es importante entonces precisar que desde la contestación de la demanda, así como del interrogatorio de parte del señor Murcia Prieto, quería de alguna manera este eximirse frente a situaciones de subordinación y control para ejercer con la demandante su calidad de trabajadora, indicando que esos temas la que se encargaba era su esposa, que él no la veía en el día, lo cierto es que conforme lo confiesa en su interrogatorio fue él quien la contrató o la llevó a su casa a que prestara las labores, que se contactara con su esposa, que era el encargado de dejar el dinero el día que dejaba el dinero para pagarle el diario a la demandante, así mismo fue quien expide las certificación que milita a folio 3 del expediente, por lo que claramente se extrae que si es la persona con la que debe declararse la relación laboral aquí solicitada. Determinada entonces la



existencia del contrato de trabajo, se debe precisar si la vinculación obedeció a un vínculo o si por el contrario existieron entre las partes más de una relación laboral en el periodo que se señala como lo sostiene la parte demandada. Ahora bien, se tiene entonces que en el interrogatorio de parte rendido por el demandado, así como los testigos allegados excepto la señora Luz Stella Sanguino López indicaron que para el año 2006 o 2007 el señor Murcia fue víctima de un hurto por parte de la empleada de servicio doméstico, lo que permitiría concluir en principio que entre las partes existieron dos vínculos laborales, no obstante contrario a ello la señora Dilia Janeth Guzmán indicó de manera enfática que la persona que cometió el delito solo había ido por ese día, sin que obre prueba diferente dentro del plenario que después de dicho proceso se contrató servicios de otra persona, por el contrario a lo indicado por la testigo Nora Sanguino López y es que después volvió la demandante pero no se determinó de manera puntual cuantos días, semanas, meses o años regreso a prestar sus labores domésticas en el hogar, por el contrario, cobra fuerza entonces la certificación laboral expedida por el señor Murcia en el que deja expresa constancia de que el servicio se prestó de manera continua desde el 16 de diciembre de 2003, sin que se realizara alguna precisión frente a un nuevo vínculo que se haya generado con posterioridad. Es de acotar que esta certificación expedida con posterioridad incluso al hurto que se dice que interrumpiría la relación porque es una certificación expedida el 11 de junio de 2009. Así las cosas y menos podría entonces también tenerse en cuenta que se presentó algún tipo de solución de continuidad en el periodo en que la demandante estuvo en tramites médicos de la cirugía de los pies, conforme se extrae en la documental que milita a folios 21 a 24 del expediente, esto es, desde el 5 de enero de 2010 al 30 de marzo de la misma anualidad, en el que indico la hermana de la actora que realizó su reemplazo por ausencia de que se encontraba debidamente acreditada.

Así las cosas encuentra entonces el despacho que la actora presta sus servicios al demandado de manera continua e ininterrumpida durante el lapso señalado en los hechos de la demanda, esto es, entre el 16 de diciembre de 2003 al 15 de marzo de 2016, para los días martes y jueves de cada mes, extremo inicial que encuentra su soporte con el certificado que milita a folio 3 y extremo final con la declaración realizada por la señora Nora Sanguino y con la última fecha de registro de visitantes que milita a folio 136 del expediente, por lo que así se declarará en la parte resolutive de la sentencia. Es importante entonces precisar que si bien dentro de las pretensiones se solicita que para efectos legales se declare que no ha habido solución de continuidad desde el 15 de marzo de 2016, lo cierto es que las partes ya reconocieron que su relación fue hasta fecha cierta y por lo que carece de todo soporte factico y normativo que se pretenda extender la vigencia de una relación laboral hasta esta fecha. Tampoco se da ninguna condición especial que se quiera poner de presente para hablar que no hay solución de continuidad en el vínculo, contrario a la documental y las pruebas aportadas al expediente. Ahora bien, entonces corresponde al despacho determinar lo correspondiente al salario, teniendo en cuenta que en los hechos de la demanda se indica que para el año 2013 pactó como remuneración la suma de \$13.000 el día, e indicó que para la finalización del contrato ascendió a la suma de \$35.000, por su parte el demandado confesó en el interrogatorio que la suma para el año 2003 le cancelaba la suma aproximada de 13.000 más 2.500 de auxilio y que así se canceló hasta el año 2006 y que para el año 2015 y 2016 dejaba por día la suma de 35.000. Teniendo en cuenta lo anterior, se tendrá como último salario devengado por la actora la suma de \$35.000 devengados desde el año 2015, así mismo se tendrá como salario diario para el año 2003 hasta el 2006 la suma de \$13.000 por así haberlo confesado el demandado durante su interrogatorio de parte, para el año 2009 la suma diaria de \$19.000 conforme se encuentra en el certificado que milita a folio 3 del expediente y frente a los años 2007, 2008, 2010 a 2014 se tendrá el salario equivalente al día de salario mínimo mensual legal vigente de carácter diario por cada anualidad, teniendo en cuenta que era la carga de la demandante probar que fuera remunerado, si pretendía una remuneración superior, no obstante al no contarse con esta pues se tendrá al salarios mínimos legales mensuales vigentes, en este caso al salario diario en tales sentidos.

Es así entonces como del material probatorio allegado nada se encuentra acreditado un salario diferente para estos periodos, en el que si bien la testigo Luz Marina Castaño Hernández indica que entre enero a marzo de 2010 le cancelaron la suma de \$18.000 cuando realizó el reemplazo a su hermana, lo cierto es que también acoto desconocer lo correspondiente a lo que devengaba la actora o su hermana en ese momento por no habérselo preguntado, por lo que es evidente que desconocía lo que realmente era



remunerado a su hermana, sin que tenga incidencia en lo que la remunerada a la testigo aquí escuchada. Encontrándose entonces acreditada la existencia de la relación laboral por día, es claro que el extremo pasivo debía probar el pago de las acreencias laborales que reclama la accionante, sin que claramente se hubiese efectuado los mismos, por lo que se proferirá condena al respecto. Es importante acotar que al demandado en el interrogatorio de parte indica que en diciembre siempre le entregaba a la actora una suma adicional de dinero, sin embargo dicha situación fáctica no estuvo acompañada de ningún tipo medio probatorio que lograra establecer que en efecto así se realizaba, y no puede tenerse como confesión pues no se genera ningunos efectos adversos el deponente. Así las cosas, y prueba realizar los cálculos aritméticos correspondientes y como quiera que el encartado propuso oportunamente la excepción de prescripción, debe recordarse en primer lugar que el auxilio de las cesantías no prescribe durante la ejecución del contrato de trabajo tal como lo acentuó la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, desde la sentencia del 24 de agosto de 2010, radicado 34393.

En este orden de ideas, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del código procesal de trabajo y la seguridad social, y 488 del código sustantivo del trabajo, se tiene que los derechos laborales prescriben transcurridos 3 años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. Por ello, se establece en el contrato de trabajo fuente de análisis termina el 15 de marzo de 2016, las partes asistieron al ministerio de trabajo sin llegar a acuerdo el 20 de junio de 2016, dicha conciliación pretendió el pago de salarios, liquidación de prestaciones sociales, la indemnización moratoria, consignación al fondo de cesantías y pensiones, y la demanda se presenta el 20 de marzo de 2018. Teniendo en cuenta lo anterior, se extrae que frente a lo reclamado por prestaciones sociales ante el ministerio de trabajo, se declarara que lo causado con anterioridad al 20 de junio de 2013 se encuentra prescrito pues se extrae con facilidad que el empleador conoció de forma clara y precisa cuales eran los derechos que reclamaba, según la sentencia radicado 33276 del 18 de junio de 2008, diferente ocurre con las vacaciones y demás derechos que reclama que habrá que declarar su prescripción desde el 20 de marzo de 2015 hacia atrás, esto es, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda. Finalmente, y en relación con las cesantías no se encuentran afectados, como ya se indicó, por el fenómeno prescriptivo. Así para liquidar las acreencias laborales reclamadas se tendrá en cuenta entonces la remuneración que devengaba la extrabajadora conforme a lo anteriormente indicado, esto es, con el promedio de lo devengado por el mes, atendiendo a que trabajaba o laboraba 2 días a la semana y de esta forma se obtendrá entonces el promedio mensual. Ahora bien, es de acotar que para los meses de septiembre de 2004 hasta el 15 de marzo de 2016 y atendiendo que se encuentra detallado en los números de días en que la actora visito el hogar para adelantar sus labores, el promedio mensual se determinará teniendo en cuenta estas planillas, esta documental que muestra estos ingresos y demuestra este ingreso y los días realmente trabajados y se sacará entonces el promedio mensual bajo estos días efectivamente laborados. Ahora bien, estos cálculos se anexarán a la presente decisión.

Efectuado entonces las operaciones aritméticas para obtener el pago de las prestaciones que son reclamadas en la demanda, por cesantías durante la vigencia laboral, se condenará a la suma de \$1.963.139, por intereses a las cesantías de \$51.980, por compensación de vacaciones la suma de \$165.996, este rubro es de acotar que deberá indexarse al momento de su pago, atendiendo a la pérdida de valor adquisitivo de dinero y sobre ella no posee ningún tipo de indemnización. De otro lado, la accionante solicita que se le pague el auxilio de transporte, petición a la que se opone el demandado precisando que dentro del dinero que le entregaba al día se encontraba incluido dicho rubro, no obstante la defensa del encartado observa que no existe ninguna prueba que demuestre tal hecho, pues si bien la testigo Nora Sanguino indicó que se daba alguna suma de dinero, no menciona la suma que se reconocía exactamente por este concepto. En este sentido y al existir la obligación legal de su pago, ya que si el salario de la actora era inferior a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impone entonces la condena desde el 20 de marzo de 2015 hasta el 15 de marzo de 2016, teniendo en cuenta también que operó el fenómeno de la prescripción como se acotó y teniendo entonces en cuenta para este cálculo el número de días laborados por mes, es decir, se tomará el número de días laborados a partir del 20 de marzo de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015, ya que está acreditado conforme a la documental que obra en el expediente las planillas y que ascienden a un total entonces de 48 días para el primer periodo y de 9 días para el 1 de enero de 2016 al 15 de marzo de 2016, por lo que se da una condena



total por la suma de \$141.710, suma que también deberá indexarse al momento de su pago. Es importante también precisar que esta pretensión no fue objeto de conciliación ante el ministerio de trabajo, por lo que la prescripción se realiza a partir de la presentación de la demanda. Ahora bien, frente a la sanción por no consignación de las cesantías, establece esta en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 que donde se indica que, si al 31 de diciembre de cada año deberá realizarse la liquidación de las respectivas cesantías, sin perjuicio de efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato. Señala además que el valor liquidado por este concepto se consignara antes del 15 de febrero del año siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo que este haya elegido y que el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. Ahora bien, el caso concreto se evidencia que las cesantías para el año 2014 y 2015 debieron consignarse antes del 15 de febrero de 2015 y 2016 respectivamente, por lo que las cesantías debieron pagarse y hacerse la respectiva consignación al 15 de febrero de 2015 se encuentran cubiertas con el fenómeno prescriptivo, ya que si bien las cesantías no prescriben si la sanción que se deriva y la que está reclamando. Pues atendiendo entonces las consideraciones antes realizadas frente a lo que pretendió en la diligencia llevada a cabo en el ministerio de trabajo, frente a este rubro no se mencionó de manera por lo que dicho termino habrá de contarse desde el 20 de marzo de 2015 hacia atrás, conforme la fecha de presentación de la demanda; a efecto de determinar cuál es el día de salario, se tomará el salario promedio y se dividirá este por 30 pues es de ser ajustado. Así entonces para determinar la condena sobre este concepto, se liquidará con un día de salario por cada día de mora, conforme al salario para promedio del año 2015 pero se tomará el promedio de \$192.500 dividido entre 30 para un total de \$6416.67 por día, por lo que la sanción a impartir desde el 15 de febrero de 2015 hasta el 15 de marzo de 2016 corresponde a la suma de \$192.500. De otro lado, y con relación a las cesantías del año 2016 que aquí se condena también, no hay lugar a imponer la sanción alguna, toda vez que la relación finiquita antes de que se generara la obligación por parte del empleador de efectuar la correspondiente consignación al fondo, conforme se ha relatado.

Igualmente, se solicita el pago de la indemnización moratoria, la interpretación que ha sido reiterada por nuestro órgano de cierre, la sala laboral de la corte suprema de justicia acerca de esta indemnización ha señalado que al trabajador le basta con afirmar que no se le pagaron sus salarios y prestaciones y al empleador le corresponde probar que hubo una justificación por no haberlos pagado o hacerlo de forma tardía. A la indemnización moratoria no es aplicable en forma automática, también se ha señalado, sino debe analizarse la conducta de la parte deudora antes de disponer la correspondiente sanción, verificando la existencia de buena fe, aspecto que debe ser demostrado debidamente, pues en caso contrario procede la condena. En el caso de autos, resulta que la empleadora adeuda a la demandante valores correspondientes a prestaciones sociales sin que haya justificado con suficiencia en este asunto tal proceder, no pago o retraerse del pago, no obstante debe acordarse también que el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, en su versión modificada por el artículo 29 por la ley 789 de 2002, establece que si transcurrido 24 meses contados desde la fecha de la terminación del contrato, el empleado no ha iniciado su reclamación por vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador únicamente los intereses moratorios que se causan sobre el valor adeudado por salarios y prestaciones en dinero, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera y a partir de la terminación del contrato y hasta cuando el pago se verifique. Esto ha sido ya el entendimiento que se ha dado a esta norma desde la sala de casación laboral, al mencionar el precepto ya mencionado como se ha señalado en sentencias del 6 de mayo de 2010, radicado 36577, reiterada en sentencia 16280 del 2014, donde se ha señalado que no correrá el día de salario si no los intereses moratorios cuando la demanda es presentada 24 meses posterior a la terminación del contrato. Teniendo entonces en cuenta que el contrato termina el 15 de marzo de 2016 y la demanda es presentada hasta el 20 de marzo de 2018, tal como lo acredita el documento visible a folio 27 del plenario, se condenará al demandado a pagar además del valor correspondiente a las prestaciones antes señaladas, los intereses moratorios que se hayan causado y que se causen en lo sucesivo por el valor adeudado por prestaciones en dinero, esto es, por la suma de \$2.015.119, y sobre esa suma se pagaran entonces los intereses a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera a partir del 16 de marzo de 2016 y hasta cuando se verifique su pago.



Por otro lado, se solicita por la demandante el pago de los aportes a seguridad social en pensión dejados de realizar por el empleador durante todo el tiempo de servicios. Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que no existe pago al sistema de aportes a pensiones de la demandante por parte del señor Mario Efraín Murcia Prieto durante toda la relación laboral y conforme al artículo 15 y 22 de la ley 100 de 1993 es obligación del empleador afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones y pagar los aportes pensionales, obligación que cesa solamente cuando se reúnen los requisitos para acceder a la prestación pensional, sin que sea justificable el hecho que dentro de la suma estaba incluido lo correspondiente al pago de los aportes a seguridad social, siendo obligación realizarlo directamente al sistema, esto es, al fondo de pensiones, pues pese a que la trabajadora trabajaba dos veces a la semana y su salario mensual no supera el salario mínimo legal mensual vigente, le asistía la obligación legal de realizar los respectivos aportes a la seguridad social, en este punto concreto a pensiones, por el salario mínimo mensual legal vigente. En efecto, es claro que el trabajador esta legitimado para solicitar que le sean pagados directamente a la entidad del sistema a la que se encuentra afiliada y así se explica por nuestro órgano de cierre en sentencia sl16528 del 2016, así las cosas entonces se concluye que se debe condenar al demandado a trasladar las sumas que por concepto de aportes no ha pagado los aportes a seguridad social en pensión le correspondan con base en el cálculo actuarial que efectúa la administradora de pensiones a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante y en la que indica en su demanda ser Colpensiones. Y esto es de los periodos comprendidos entre el 16 de diciembre de 2003 al 15 de marzo de 2016 y para ello tendrán que tenerse en cuenta la liquidación que haga Colpensiones donde se incluya la sanción moratoria de que trata el artículo 23 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta, como se dijo, el salario mínimo legal mensual vigente. Es de acotar que la actora señala que laboró dos días hábiles a la semana y el promedio de salario mensual de los demandantes, entonces teniendo en cuenta esto pues se tiene que las cotizaciones como se indica deben ser señaladas a través del salario mínimo mensual legal vigente, tal como se señaló anteriormente. Vale también la pena aclarar que los trámites para realizar el pago de las pensiones deberá hacerlos el cálculo actuarial, son responsabilidad del señor Mario Efraín Murcia Prieto quien deberá iniciar las gestiones ante Colpensiones para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia. Ahora bien en cuanto a los pagos que solicita la demandante por la eps salud total, es menester renombrar que la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria laboral ha explicado que la consecuencia de no haber pagado los aportes a salud no es el pago de los mismos a la entidad del sistema, lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias en salud es la reparación en los perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, tal como se expuso en la sentencia SL3009 de 2017 con ponencia del doctor Gerardo Botero Zuluaga. En este caso pretende también la actora el pago de las incapacidades que se generaron entre el 10 de enero de 2015 hasta el 30 de marzo del mismo año, es importante precisar que dentro del plenario no obra prueba de las incapacidades que se hayan generado para dicha data, lo cierto es que conforme a lo indicado por las testigos Luz Marina Castaño Hernández y Nora Sanguino López, la cirugía de pies que fue entre el 10 de enero de 2010 al 30 de marzo de la misma anualidad y que es totalmente coincidente con la documental que obra a folios 21 a 24 del expediente, en el que claramente establece que si hubiese sido cotizante habría accedido al pago de dicho emolumento, lo cierto es que sobre dichos emolumentos que aquí reclama ya operó el fenómeno prescriptivo, por lo que no existe condena alguna a impartir frente a lo aquí reclamado, así tampoco se demuestran perjuicios adicionales o gastos en que se hayan incurrido para que pueda accederse a esta pretensión.

De otro lado, se solicita por la demandante que indica que sufrió perjuicios morales por razones ante los malos tratos y el estado de indefensión en el que quedó cuando finalizó el vínculo laboral contractual, lo cierto es que en el curso del debate no se logra acreditar la causación y acreditación en debida forma de esos perjuicios, pues si bien se trajo como testigo a la señora Luz Marina Castaño Morales, quien indico que su hermana estaba muy triste, que tenía muchas deudas y que lloraba mucho, sin que con esa sola declaración se concluya en efecto o se pueda encontrar para este despacho acreditado con la suficiencia requerida que la aflicción correspondía el hecho de la terminación del contrato, razones por demás suficientes para negar lo aquí pretendido. También reclama el pago de la indemnización por terminación de contrato de trabajo por haberse finalizado de manera unilateral por parte del empleador y sin justa causa debiendo entonces demostrar la



actora lo que tiene sentado nuestro órgano de cierre en varios pronunciamientos, y es que quien alega el despido sin justa causa deberá probar el hecho del despido y empleador los motivos del mismo y que estos constituyen entonces una justa causa. Así las cosas se extrae con la testigo Nora Sanguino López indicó que la relación laboral se había dado por terminada ante el mutuo acuerdo que llegaron las partes, pues refirió que la demandante en los últimos días se mostró cansada y poco receptiva en las ordenes por ella impartía, manifestando dolor en las manos y ya no podía planchar. Por otro lado, a folio 14 del expediente una carta de renuncia de fecha 17 de abril de 2016, esto es más de un mes después de que finiquita la relación laboral que la demandante precisa, con la presente hago entrega de la llave del apartamento ya que decidieron suspender mis servicios domésticos. Así las cosas, la actora no cumple en este asunto la carga probatoria frente al despido que indicó haber sido objeto, pues no es admisible que un mes después que haber finalizado la relación pase el escrito que debida o la motivación del mismo y poniendo de presente situaciones que no están demostradas al momento de la terminación porque no es factible situaciones diferentes después de terminado el vínculo. Es importante entonces precisar que nadie le es permitido fabricar también su propia prueba. Teniendo en cuenta lo anterior sin que se requiera mayores consideraciones sobre este particular, habrá de absolverse de la presente pretensión al demandado. Ahora bien, conforme al hecho se declara entonces probada de manera parcial la excepción de prescripción en los términos referidos y no probadas la excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretende deducir en juicio a cargo del demandado.

APELACIÓN

La parte demandada recurrió señalando:

No obstante el esfuerzo que hace el despacho para establecer con fundamento en la normatividad existente en nuestro país, esto es en el código sustantivo del trabajo y los artículos referenciados, artículos 22, 23 y subsiguientes del código sustantivo del trabajo, esto es, los que establece la relación laboral, mi inconformidad radica que en la demanda, no se pudo establecer con claridad meridiana la existencia de la relación laboral entre el señor Mario Murcia y la señora Morelia, no creería y me atrevo a sustentarlo en el sentido en que no se estableció esa relación laboral y entonces carece de las pretensiones que solicita por pasiva, es decir, hemos demostrado en este proceso fehacientemente señorita, que la relación no era con el señor Mario Murcia sino con la señora Nora Sanguino, eso fue lo que se pudo establecer a través de los testigos que se trajeron al estrado judicial, obviamente respetando su apreciación pero por eso lo hacemos con el más absoluto respeto, es decir, no se pudo establecer con claridad que la relación laboral es o fue o se estableció con el señor Mario Efraín Murcia; en ese sentido creería que hay falta de legitimidad por pasiva, porque el señor no era su empleador, el señor no era quien le daba las órdenes, ella estaba al servicio de su familia y hemos dicho y lo reiteramos, si bien es cierto que el mismo señor dijo: yo en ocasiones dejaba el dinero para el pago, no lo es menos cierto que también la señora Nora Sanguino estableció: entre todos recogíamos el dinero para pagarle a ella, por esa razón, considera este apoderado judicial del demandado que no se pudo establecer esa relación laboral directa entre el señor Mario Efraín Murcia con la señora Morelia. En ese sentido y por esas razones, presentamos el recurso de apelación para que sea revisado por el superior jerárquico y tome la decisión revocando esta decisión, estableciendo que efectivamente no se pudo probar o comprobar la relación laboral entre el señor Mario Efraín Murcia y la señora Morelia, si bien es cierto en el derecho laboral lo conocemos, sobre todo las personas que trasegamos en esto diariamente, que existe la libertad probatoria, existe la interpretación razonable de los medios de prueba, no lo es menos que también nosotros acreditamos que esta constancia que firma el señor Mario Efraín Murcia iba encaminada a hacer un favor, partiendo de ese principio de la buena fe establecido en nuestra constitución política de Colombia, ante la necesidad que tenía la señora demandante de establecer una relación laboral para acceder a unos créditos, esa fue la razón fundamental por la cual el señor Mario Efraín Murcia le firmó esa constancia, situación que él también la puso de presente ante su estrado judicial, situación que él dijo ante su despacho, pero que desde mi punto de vista



y modesto sentir no fue estimada, no fue valorada, lo digo con todo respecto, en adecuada forma. Decir se tuvo ese favor que el hizo, esa labor caritativa de y beneficencia, podemos decirlo así, en su contra y no me parece tampoco justo en ese sentido, o sea, me parece y lo digo con todo respeto, desborda también el sentido de la proporción, ese elemento de prueba debe ser revisado, debe ser analizado en estricta armonía con las manifestaciones hechas por mi defendido, que el objetivo no era establecer un vínculo laboral que ha sido una prueba que se ha utilizado en este estrado judicial en su contra y en su decisión, señoría, para que sea analizada también con esas mismas características y teniendo en cuenta obviamente la sana crítica que no es otra cosa distinta, como ustedes bien lo saben, que analizar todos los elementos que le ponen de presente al fallador para que en un análisis racional y razonable de la prueba la tenga en cuenta y haga su adecuada valoración, considero en ese sentido, que con este solo elemento no se puede establecer esa relación laboral, sin desconocer que la misma parte demandada, nosotros mismos, aportamos unas pruebas que también tienen validez, el momento en que la señora entraba, el momento en el que la señora salía, el momento en que ella prestaba sus servicios etc... eso está probado dentro del proceso, pero no está probado, reitero y que eso quede muy claro, es que el empleador, el patrón de ella era mi defendido, quien me otorgó el poder, reitero, si claro, existieron los servicios, nadie lo está negado, pero esos servicios eran prestados a la familia sí, pero quien le daba las órdenes, con quien ella se entendía y esto es un tema también de las reglas mismas de la experiencia, en un hogar normalmente hasta donde yo conozco quien da las ordenes y quien se entiende directamente con la empleadora es la señora de la casa, en este caso, doña Nora Sanguino, que era quien le daba las órdenes, que era quien le pagaba, y sabido es y lo reitero nuevamente como se dijo en su oportunidad en los alegatos conclusivos, que por experiencia también, quien termina estableciendo ese peso desafortunadamente y en una cultura como la nuestra machista y lo reconozco sin ningún problema es la mujer, señoría.

En ese sentido, las reglas de la experiencia lo que nos demuestran es eso, claro, otra cosa y otra suerte distinta tendría que correr si se demanda la señora Nora Sanguino, yo pienso que hubo una, es decir, no sería tema ahorita de hacer inquisiciones innecesarias sobre eso, pero no se acreditó esa legitimidad por pasiva, señoría.

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 demostrado como se encuentra en el presente el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación personal del servicio por parte de la demandante en el hogar del demandado, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, **la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

Dentro de éste 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 civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del 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 virtud de ello, no se debe creer que quien se presenta a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata la norma en comento. Esta presunción, como las de su estirpe, parten de la base de un hecho cierto o indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado; este hecho es la relación de trabajo personal, traducida en el servicio personal, dependiente y remunerado, siendo en principio, carga probatoria del demandante acreditar el primer requisito para que opere en su favor la presunción del contrato de trabajo, y traslade la intención probatoria al empleador con el fin de acreditar que el vínculo fue de otra naturaleza menos laboral, sin olvidar, precisamente, que en virtud de tal presunción el litigio no se encuentra resuelto a favor del trabajador, pues es el material de prueba que obre en el juicio el que tendrá la capacidad para demostrar una y otra tesis encontrada.



Pues bien, al revisar el material probatorio aportado al proceso, encuentra la Sala que como se señaló en apartes anteriores, la **demandante acreditó la prestación personal del servicio**; ello por cuanto las declaraciones recaudadas durante el trámite procesal de las señoras Luz y Nora Sanguino, testigos traídas por la misma parte demandada, coincidieron en señalar que la demandante realizaba labores de aseo en el apartamento de la testigo Nora Sanguino y su esposo el señor Efraín Murcia; cuestión que fue confesada por el mismo demandado, en diligencia de interrogatorio de parte, al indicar que contrató a la demandante para mediados del año 2003, con objeto de que desempeñara las labores en comento en su domicilio.

Aunado a lo anterior y como bien lo refirió la decisión de primer grado, a folio 13 del plenario obra certificación laboral expedida por el aquí demandado, señor Mario Efraín Murcia, la que coincide con lo confesado por él, en cuanto a la fecha para la cual contrató los servicios de la demandante; pues en ella manifiesta que labora para *ellos*, desde diciembre del año 2003.

Ahora y en cuanto al argumento del recurrente según el cual, la certificación laboral a que se alude, fue expedida para hacer un favor a la demandante en aras de que obtuviera un crédito financiero; lo cierto es que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que las afirmaciones contenidas en las certificaciones laborales, respecto del vínculo laboral, se deben tener como hechos ciertos y de negarse tal certeza por la parte que las expidió, debe probar de manera fehaciente, que lo consignado en ellas, no corresponde a la realidad; así lo señaló en sentencia SL639 del 2 de febrero de 2021:

*Sobre el hecho de desvirtuar las certificaciones laborales, ha sentado esta Corporación que el empleador que quiera desdecir de lo que él mismo manifestó por escrito, **cuenta con una exigencia probatoria mucho más rigurosa para lograr su cometido, puesto que debe acreditar en qué condiciones de modo, tiempo y lugar se dio la afirmación falaz y qué lo motivó a certificar algo que manifiestamente estaba fuera de la realidad de las cosas.***



Así lo ha entendido la Sala en diversas providencias de tiempo atrás, entre otras, en las sentencias CSJ SL758-2018; CSJ SL2032-2018; CSJ SL2600-2018; CSJ SL4735-2017; CSJ SL17514-2017; CSJ SL16528-2016; CSJ SL14426-2014; CSJ SL, 30 abril de 2013, radicación 38666; CSJ SL, 24 agosto de 2010, radicación 34393; CSJ SL, 23 septiembre de 2009, radicación 36748. Precisamente en la sentencia CSJ SL, 8 marzo 1996, radicación 8360, señaló:

*El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. **Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.** (negrilla fuera del texto original)*

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se tiene que respecto del contenido de la certificación aludida, la parte demandada únicamente se limitó a afirmar que fue expedida para que la demandante obtuviera un crédito; lo que no suple la carga probatoria que le corresponde a efectos de demostrar lo contrario a lo consignado en dicha documental; de tal manera, que al no haberse allegado medio probatorio que tenga la magnitud para desvirtuar lo expresado en ella, se tiene como cierta la realidad que plasma esta en cuanto a la existencia de la relación laboral que unió a las partes dese el año 2003.

Así las cosas, del caudal probatorio bajo análisis se desprende que la relación laboral se rigió por las características propias de un vínculo de índole netamente laboral, en el que se reunieron los elementos constitutivos de todo contrato de trabajo, esto es, la actividad personal de la señora Morelia Castaño, bajo la continuada dependencia y subordinación del empleador quien impartía precisas órdenes para su ejecución y el pago de una retribución como contraprestación según se desprende del acervo probatorio analizado en precedencia. Y si bien el recurrente señala que la facultad subordinante, propia del empleador la ejercía la esposa del demandado, señora Nora Sanguino; lo cierto es que conforme el estudio de la veracidad de la certificación que da cuenta de la relación laboral, se



observa que fue el demandado quien contrató los servicios de la demandante, aunado a que él mismo confesó dicha circunstancia en diligencia de interrogatorio de parte, sin que el hecho de que la señora Nora ejerciera sobre la demandante la facultad subordinante determine que ella era su empleadora, pues quedó claro que la relación laboral que se demostró existió, inició por contratación que efectuara el señor Mario Murcia.

De igual manera, si bien el recurrente alega una falta de legitimación en la causa, tal cuestión debió haberla puesto de presente a través de los medios exceptivos que le otorga la ley en aras de que compareciera como pasiva quien indica fue la verdadera empleadora de la actora; no obstante ello no ocurrió y al trámite procesal, se trajo a la señora Nora Sanguino como testigo.

En virtud del análisis precedente se observa que en efecto en este asunto confluyen los requisitos que determinan la existencia de una relación de índole laboral entre la demandante y el demandado conforme la exigencia legal para la misma, razón por la cual, se **confirmará** la decisión de primer grado.

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

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO
DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ABRAHAM JESUS
MAURY BERMUDEZ VS ANG DEMOLICIONES Y EXCAVACIONES
RAD N° 25 2017 799 01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de marzo 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 **ABRAHAM JESUS MAURY BERMUDEZ**, instauró demanda a través de apoderado y en contra de **ANG DEMOLICIONES Y EXCAVACIONES S.A.S.** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existieron 2 contratos de trabajo, el primero a término fijo desde el 5 de mayo de 2013, hasta el 30 de diciembre del mismo año. Y el segundo a término indefinido desde el 1 de enero de 2014 y hasta el 4 de julio de 2016. Como consecuencia de lo anterior, respecto del primer contrato, solicita el reconocimiento y pago de las cesantías e intereses a las cesantías. Para el segundo contrato solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por no consignación de cesantías desde el 14 de febrero de 2014 hasta el 4 de julio de 2016, y al pago de las cesantías e intereses a las cesantías, por el mismo periodo; así mismo solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la prima de servicios, vacaciones y aportes pensionales, teniendo en cuenta el salario realmente devengado, al pago de la sanción moratoria; al pago de la indemnización por despido injusto y al pago de la costas del proceso. (fl.- 5 y vto)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta la parte actora en síntesis:

- Que laboró para la demandada por 4 periodos, el 1. Desde el 5 de marzo de 2013 hasta el 30 de diciembre del mismo año. 2. Desde el 1 de febrero de 2014 hasta el 30 de diciembre del mismo año. 3. Desde el 1 de enero de 2014 hasta el 30 de diciembre del mismo año y el 4. desde el 7 el enero de 2016 hasta el 4 de julio del mismo año.
- Que el primer contrato lo fue a término fijo, en el cargo de auxiliar de demolición, con un horario de 7:00 am a 6:00pm de lunes a viernes, los sábados de 7:00 am a 5:00 pm y un domingo cada 15 días de 7:00 am a 5:00 pm, con un salario mensual de \$840.000.00 y que dicho contrato término sin justa causa.
- Que el 1 de enero de 2014, fue nuevamente contratado de manera indefinida, en el cargo de auxiliar de demolición, con un horario de 7:00 am a 6:00pm de lunes a viernes, los sábados de 7:00 am a 5:00 pm y un domingo cada 15 días de 7:00 am a 5:00 pm, con un salario mensual de \$960.000.00.
- Que la demandada realizó una liquidación final de prestaciones en las que tiene como salario la suma de \$616.000.00.
- Señala que fue nuevamente contratado el 1 de enero de 2015, en el cargo de auxiliar de demolición, con un horario de 7:00 am a 6:00pm de lunes a viernes, los sábados de 7:00 am a 5:00 pm y un domingo cada 15 días de 7:00 am a 5:00 pm, con un salario mensual de \$960.000.00.
- Que la demandada realizó una liquidación final de prestaciones en las que tiene como salario la suma de \$644.350.00
- Indica que fue nuevamente contratado el 7 de enero de 2016, en el cargo de auxiliar de demolición, con un horario de 7:00 am a 6:00pm de lunes a viernes, los sábados de 7:00 am a 5:00 pm y un domingo cada 15 días de 7:00 am a 5:00 pm, con un salario mensual de \$960.000.00.

- Que el día 4 de julio de 2016, la demandada decidió dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa.
- Que la demandada realizó una liquidación final de prestaciones en las que tiene como salario la suma de \$689.500.00. (fl.- 3-5)

Una vez admitida la presente acción, la empresa demanda, procedió a dar contestación, en la que se opone a las pretensiones es de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 3, 4, 10, 11, 12, 21, 22, 32, 33, 34, 35, 45, 52, 54 y 56, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buen fe. (fl.- 47 - 54)

Tramitada la primera instancia, el Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintitrés (23) de agosto de 2019, en la que resolvió:

1. *Declarar que entre el señor ABRAHAM JESÚS MAURY BERMÚDEZ y ANG DEMOLICIONES Y EXCAVACIONES S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido desarrollado entre el 5 de mayo de 2013 al 31 de diciembre de misma anualidad, desempeñando el cargo de auxiliar de demoliciones;*
2. *Declarar que entre ABRAHAM JESÚS MAURE BERMÚDEZ y la aquí demandada existió un segundo contrato de trabajo bajo la primacía de la realidad sobre la forma a término indefinido, desarrollado entre el 1 de enero de 2014 y el 4 de junio de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de demoliciones, el cual tuvo para cada anualidad como salario el mínimo legal mensual vigente;*
3. *Declarar que en el primer vínculo desarrollado entre el 5 de mayo y el 31 de diciembre de 2013, como contrato a término fijo, terminó sin justa causa imputable al empleador;*
4. *Declarar que el segundo contrato vínculo desarrollado entre el 1 de enero de 2014 al 4 de julio de 2016, contrato a término indefinido, terminó sin justa causa imputable al empleador;*
5. *Declarar que prospera la excepción denominada prescripción, propuesta por la demandada de manera parcial;*

6. *Declarar que el demandado ANG DEMOLICIONES Y EXCAVACIONES S.A.S. debe reconocer y cancelar cesantías y sanción por no consignación de cesantías, la indemnización por despido sin justa causa al aquí demandante;*
7. *Condenar al demandado ANG DEMOLICIONES Y EXCAVACIONES S.A.S a cancelar los siguientes valores: cesantías año 2014 \$688.000; año 2015 \$718.350; sanción por no consignación de cesantías, año 2014, entre el 14 de febrero de 2015 al 14 de febrero de 2016, valor \$7.392.000; año 2015, por sanción por no consignación de cesantías entre 14 de febrero de 2016 al 14 de febrero de 2017 \$7.732.200; indemnización por despido sin justa causa de la relación laboral entre el 1 de enero de 2014 y el 4 de julio de 2016 \$1.379.000;*
8. *Absolver al demandado ANG DEMOLICIONES Y EXCAVACIONES S.A.S. de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante, por lo motivado;*
9. *Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra del demandado ANG DEMOLICIONES Y EXCAVACIONES S.A.S por la suma de \$750.000.*

Para llegar a esa conclusión afirmó el Juez:

“Se entienden cumplidos los presupuestos procesales como son: demanda en debida forma, capacidad para ser parte, competencia del juez y capacidad procesal. Establecido lo anterior, entremos de lleno a analizar el tema de la relación laboral, extremos, cargo y salario. Se debe indicar que efectivamente el demandante, señor Abraham Jesús si prestó personalmente sus servicios a favor de la empresa AMG DEMOLICIONES Y EXCAVACIONES S.A.S, pues el mismo demandado aceptó dicha situación, lo anterior cuando dio contestación al hecho primero, pues aceptó cada uno de los periodos comprendidos entre el 5 de mayo de 2013 al 31 de diciembre de la misma anualidad, por el año 2014 por el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2015 al 30 de diciembre del mismo año, y del 7 de enero de 2016 hasta el 4 de julio del mismo año.

Así las cosas, para este juzgado es claro entonces que el señor Abraham Jesús Maury si laboró al servicio de la demandada en el cargo de auxiliar de demolición, por lo que se habrá de determinar cuales fueron los tipos de contratos que unió a las partes y los dineros devengados en cada uno de ellos, que son los puntos en discusión. Se hace conducente entonces analizar el acervo probatorio arrojado al proceso y tenemos lo siguiente: el señor Astolfo Naranjo Gaona en calidad de representante legal, manifestó resumidamente lo siguiente en su interrogatorio: que el señor Abraham fue vendedor de depósito de materiales de segunda, que los contratos de trabajo terminaban el 30 o

31 de diciembre de cada año, que las vacaciones eran entre el 24 a 31 de diciembre y el 7 de enero, los contratos siempre fueron verbales para el mismo cargo, que en ese tiempo se desvinculaba del seguro, que el despido fue con justa causa pues llegaba tarde a trabajar, que no recuerda cuantas veces llegó tarde, respecto del trabajo de domingos a veces si se trabajaba de 9 a 2 de la tarde, y que a Abraham se le pagaron las cesantías en la liquidación, el salario era el mínimo y a veces había remuneración por labores extras, que el pago era semanal. Por su lado, el señor Abraham Jesús Maure, demandante en su declaración indicó lo siguiente: que trabajo en el año 2013, 2014, 2015 completos, que no sabe si fueron contratos verbales o escritos, pues no le daban copia de los documentos, que en el año 2016 trabajaba mas horas y le hacían pago por el mínimo, que el recibía \$240.000 semanales, que el recibió los pagos relativos a la liquidación de prestaciones sociales de folios 17 a 21 y 55 a 56, que no recibió llamados de atención por llegar tarde ni llegar alicorado, que si se ingirió bebidas alcohólicas con el jefe, que una vez le reclamo y para que aclarara el pago de la prima y él el lunes me despidió porque dijo que estaba armando sindicato, que no había reglamento de trabajo y que no reclamó porqué lo despedían.

Por su parte, el testigo Daniel Ramírez se extrae lo siguiente, manifiesta que conoce al demandante hace 20 años, que vive en el mismo barrio, que sabe que el prestó servicios a ang demoliciones y excavaciones s.a.s, que el sabe que trabajo más o menos 2012 a 2015, que cree que era el administrador porque permanecía allí, que ofrecía materiales, que supo que despidieron a Abraham pero no sabe el motivo, que sabe que Abraham trabajaba el domingo, que sabe que no estaba afiliado a seguridad social y que compró apartamento en Soacha pero que el amigo trabaja era en el norte.

El testigo Fabio Nelson Rivera que labora para ang demoliciones y excavaciones s.a.s, que es vendedor, manifestó lo siguiente pues el testigo fue tachado por sospecha, no se acepta la sospecha teniendo en cuenta que son las personas que más cerca están a los hechos y por lo tanto son válidos para podernos analizar dentro del presente proceso. Manifestó que lleva laborando 8-9 años, que Amari fue vendedor, que él tiene contrato firmado pagándole el mínimo, que no sabe cuanto ganaba Abraham, que trabajan los domingos turnados, que el pago era justo con el sueldo, pero aparte que algunas veces algunas veces llego tarde, algunas veces, que cree que ese fue el inconveniente con el trabajo, que el señor ex cuñado Astolfo, representante legal, por lo cual es tachado por sospecha, vuelvo y reitero, no se acepta la tacha.

Es conducente indicar que al respecto, solicita la parte demandante se declare la existencia de un primer contrato desarrollado entre el 5 de mayo de 2013 al 31 de diciembre de la misma anualidad, hecho que acepta el demandado, por lo que así se declara. Respecto de la terminación del mismo, quedo claro que las partes habían acordado tal como lo manifiesta el demandante que era a termino fijo pero al no haberse demostrado por el demandado que se informó al trabajador la decisión de no prorrogar el mismo con la antelación debida, se tendrá que el vínculo termino sin justa causa.”

Declarando el vínculo, tal como lo solicito el demandante y la terminación injusta, se hace conducente analizar si procede reconocer que el demandado debía consignar cesantías y el pago de los intereses a las cesantías, al respecto se indica por parte de este juzgado que las cesantías no se debían consignar, pues al terminar la relación laboral antes del 14 de febrero de la siguiente anualidad, es deber del empleador pagarlas, lo que se observa con el documento visible a folio 55, documento que aportó el empleador al contestar la demanda, así mismo en dicho documento se repara que si se observa el pago de los correspondientes intereses a las cesantías, por lo que habrá de absolverse de estas pretensiones al demandado. Respecto al salario devengado por el trabajador, este no logró demostrar que devengara la suma de \$840.000, como se indico en su demanda, ni que cumpliera el horario que indico, por lo que se tendrá como salario el establecido en la liquidación que la misma parte demandada aporonto visible a folio 55, valor que asciende a la suma de \$589.500 básicos, mas auxilio de transporte \$70.500. Ahora, solicita la parte demandante se declare la existencia de un segundo contrato, suscrito entre las partes el cual se desarrolló entre el 1 de enero de 2014 y el 4 de julio de 2016, bajo la primacía de la realidad sobre las formas, al respecto, tenemos que efectivamente como se indicó, el demandado acepto que la prestación del servicio se dio, y en el interrogatorio fue claro al mencionar que el tiempo comprendido entre finales de diciembre y el 10 de enero era el pedido de la vacaciones, si bien es cierto manifestó que los contratos eran a término fijo y verbales, cierto es que incurre en un error el representate legal, pues la legislación es clara en establecer que los contratos verbales son a término indefinido, por lo anterior, es procedente declarar la existencia de un solo contrato suscrito entre el señor Abraham Jesús Maury Bermúdez y Ang Demoliciones Y Excavaciones S.A.S., desarrollado entre el 1 de enero de 2014 y 4 de julio de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de demoliciones, respecto los salarios tendrá como devengados el mínimo, como quiera que es lo que obra prueba en el plenario y el demandante, como se indicó, no logro demostrar mayor valor. Declarada la relación laboral, se hace pertinente determinar los pagos, para ello se repara al demandante se le pagaron primas, cesantías, vacaciones, intereses a las cesantías, lo anterior conforme a las liquidaciones de prestaciones sociales que aportaron tanto la parte demandante como la parte demandada, visible a folios 17 a 21 y 55 y 56, valores que por haber sido aceptados por ambas partes se tendrán por pagados, por lo que el empleador los descontará de las acreencias que se liquiden con ocasión de esta providencia. Ahora bien, si bien es cierto que el demandado pago al trabajador cesantías durante todos los años, siendo conducente en este sentido y para efectos de la resolución de lo aquí pretendido, citar la sentencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia, sentencia radicado 42752 del 2 de abril de 2014, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, quien manifestó: “la obligación de pago de esta prestación social recae sobre el empleador, quien de conformidad con el artículo 99 de la ley 50 de 1990, debe consignar su valor liquidado antes del 15 de febrero de febrero del año siguiente, en una cuenta individual que para tales efectos escoja el

trabajador en un fondo de cesantías, sin embargo puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al trabajador, para esa clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha citado, ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del código sustantivo del trabajo, y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto.” Así las cosas, es procedente condenar por este rubro al demandado. Sobre el tema de la indemnización por despido sin justa causa. En este punto es importante indicar que a la parte demandante le compete probar que la relación laboral culminó y es al demandado quien debe soportar que el motivo alegado como justa causa, efectivamente, si estuvo ajustada a la ley. En el presente caso, no logro demostrar el empleador una justa causa para haber culminado la relación laboral, como era su carga procesal, sumado a que no existe documento en el cual se le informe al trabajador tal decisión, por ello se condenará por este concepto, se tendrá como último salario devengado, esto es la suma de \$689.500, a razón de 30 días por el primer año y 20 por el año siguiente o proporcional. De las excepciones. Antes de proceder a liquidar en concreto los derechos económicos derivados de la relación laboral, se hace necesario analizar las excepciones particularmente la de prescripción, la cual prospera respecto de la indemnización por despido sin justa causa por contrato suscrito entre las partes desempeñado entre el 5 de mayo de 2013 y 30 de diciembre de la misma anualidad, lo anterior por cuanto no observa el juzgado reclamo alguno respecto de la misma que hubiera en su momento suspendido el termino prescriptivo y la demanda, se tiene en cuenta, se presentó el 27 noviembre de 2017. Las demás excepciones por lo motivado, no se estudian. La indemnización por falta de pago, artículo 65 del código sustantivo del trabajo; reiterada es la jurisprudencia en indicar que la indemnización procede cuando no se pagan al trabajador salarios y prestaciones al momento de la terminación del vínculo, pero para que se condene a dicha sanción es menester que se demuestre la mala fe del demandado, en este punto, resalta el juzgado que el demandado acepto desde un principio que efectivamente si hubo relación laboral, también se observo con claridad que se cancelaron al trabajador sus salarios y prestaciones, y si bien se tiene como no pagas las cesantías, recordemos que el empleador a través de su representante legal indicó en su interrogatorio que las partes siempre acordaron que el contrato era anual, y dijo haber reconocido al trabajador todo lo que le tocaba, con lo cual observa el despacho que ciertamente pagó al trabajador lo que creyó deberle, por lo cual el despacho absuelve al demandado de esta sanción. Establecido lo anterior, procedamos a la liquidación en concreto, miremos el tema de las cesantías, año 2014: valor 688.000; año 2015: valor \$718.350; indemnización por no consignación de cesantías: año 2014, entre 14 y 15 de febrero de 2016 valor \$7.392.000; año 2015, entre el 14 de febrero de 2016 y 14 de febrero de 2017 valor \$7.732.200; indemnización por despido sin justa causa, relación laboral entre el 1 de enero de 2014 y 4 de julio de 2016, valor \$1.379.000. Costas a cargo de la demandada ang demoliciones y excavaciones s s.a.s, por

un valor de \$750.000. En mérito de lo expuesto, el juzgado 25 laboral del circuito de Bogotá, en nombre de la república y por autoridad de la ley, resuelve

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación señalando:

“Gracias, señoría. De conformidad con el artículo 66 y subsiguientes del código de procedimiento laboral, me permito indicar a su señoría que a fin de que sea resuelto por el honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, recurso de apelación en el siguiente sentido: ha de tenerse en cuenta sobre la existencia o el reconocimiento de la existencia de un contrato realidad que desde quedó probado por el demandante dentro del expediente conforme a las declaraciones y a la documentación aportada, que esta situación laboral presunta no fue continua, no hubo solución de continuidad entre los periodos que se echan de menos para los años 2014, 2015 y 2016, puesto que entre el 30 de diciembre de 2014 y el 5 de enero de 2015 el mismo tuvo una, no fue objeto ni estuvo estipulado entre las partes que se laborara durante dicho periodo y como ya se ha reiterado partiendo de la buena fe que siempre le ha asistido a ang demoliciones por intermedio de su representante legal, se tenía como presupuestado la relación laboral mediante un contrato laboral a termino fijo, de igual forma tampoco hubo solución de continuidad entre el 30 de diciembre de 2015 y el 7 de enero de 2016, situación que podría llegar a analizarse en el sentido de que al no haber solución de continuidad entre dichas fechas, no daría lugar al reconocimiento del contrato realidad. De igual forma, su señoría, no está de acuerdo la parte apelante respecto al cobro de la indemnización por la no consignación de las cesantías, pues partiendo del presupuesto de la buena fe y como siempre lo he reiterado, su señoría, se tenía que el señor Astolfo Gaona Naranjo, como representante legal de ang demoliciones y ante el supuesto de que se está ante un contrato a término fijo y que era acuerdo entre las partes, le cancelaba directamente y tal como quedó demostrado con las liquidaciones de contrato de trabajo, año por año, dicho rubro en forma directa al demandante, situación que eximiría de una mala fe o de una falta de previsión o que faltara al sentido formal de la norma por el no pago de dichas acreencias, de igual forma, su señoría, no estoy de acuerdo con la indemnización por despido sin justa causa, pues obra en el expediente las comunicaciones escritas que fueron entregadas a la parte demandante, donde se tenía en cuenta los comportamientos contrarios a la buenas costumbres y al buen ambiente laboral que debe reinar con sus compañeros, máxime que se ha expuesto que estábamos ante un establecimiento dedicado a la demolición de viviendas, lo cual genera un riesgo adicional al que cualquier otra persona tendría en el desempeño normal de sus actividades, puesto que requería de toda su atención y de toda su pericia, situación que se vio mermada por, como el mismo lo reconoció, la ingesta de bebidas alcohólicas al momento de llegar a laborar, así como sus continuas llegadas tarde, que también fueron evidenciadas dentro de los interrogatorios surtidos por el señor

Astolfo Naranjo Gaona, el mismo demandante y las personas que trabajaron en el establecimiento. Por lo tanto, ruego al señor magistrado de segunda instancia, acoger mis presupuestos y en su lugar dar trámite a lo solicitado. Muchas gracias, señorita.”

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte actora, 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 las inconformidades del recurrente, corresponden 3 puntos específicos: i) la declaratoria de una sola relación laboral por los años 2014, 2015 y 2016, ii) la condena impuesta por concepto de sanción por no consignación de cesantías y iii) la condena impuesta por indemnización por despido injusto.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta Colegiatura que, no fue objeto de reproche por parte del recurrente, lo relacionado a la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 5 de mayo de 2013 al 31 de diciembre del mismo año, en el cargo de auxiliar de demolición.

Ahora, encontró el Juez de primer grado, que entre las partes existió un segundo contrato de trabajo, desde el 1 de enero de 2014 y el 4 de junio de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de demoliciones, el cual tuvo para cada anualidad como salario el mínimo legal mensual vigente.

En relación con este aspecto alega el recurrente que existieron 3 contratos a término fijo, los cuales fueron pactados de manera verbal y entre el 30 de diciembre de 2014 y el 5 de enero de 2015, existió una interrupción y otra, entre el 30 de diciembre de 2015 y el 7 de enero de 2016, por lo que considera que no se puede declarar una sola relación.

En relación con este aspecto, es necesario señalar, como lo dijo el Juez de primer grado, que de conformidad con el artículo 46 del

C.S.T. el contrato de trabajo a término fijo siempre debe constar por escrito, por lo que las manifestaciones realizadas por el representante legal en su interrogatorio de parte, en las que señala que de manera verbal pactaron que los contratos sería por el término de un año, no son suficientes para tener como cierto este hecho.

Así los ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencia rad. 56020 del 12 de abril de 2018, SL 1091 – 2018, M.P. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en la que se indicó:

“Desde ya debe puntualizarse sobre la naturaleza del vínculo, que no puede aceptarse como pretende el censor que se trató de un contrato de trabajo a término fijo de un año y que para el momento en que se dio por terminado ya se había prorrogado, pues a la luz del artículo 46 del CST subrogado por el artículo 3° de la Ley 50 de 1990, éste siempre debe constar por escrito, formalidad que en este caso brilla por su ausencia, así como tampoco se cuenta con alguna probanza que acredite que las partes suscribieron tal contrato para darlo por demostrado, así no se hubiera aportado el documento físico (sentencia CSJ SL, 5 abr. 2011, rad. 36035); por el contrario, en tal misiva se especifica que el acuerdo contractual fue «verbal»”

Así las cosas, se encuentra que en el presente caso, la vinculación el actor, lo fue a término indefinido, y de manera continua, ya que, contrario a lo afirmado por el recurrente de las liquidaciones allegadas a folios 17 a 21 del informativo, solo se evidencia una interrupción de 5 días, la cual no es suficiente para tener por disuelto el vínculo laboral, por lo que se habrá de confirmar la sentencia apelada en este aspecto

En relación con el segundo de los puntos, esto es, la indemnización por no consignación de cesantías, encuentra esta Sala que al recurrente le asiste razón, al poner de presente que el Juzgado pasó por alto el estudio de las circunstancias particulares del caso a fin de establecer si existió buena o mala fe por parte de la demandada.

Lo anterior, ya que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del

Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...*el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.*» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre otras).

En esa misma dirección, la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente.

Ahora bien, en el presente caso se encuentra que la parte demanda alega que no existió mala fe en su proceder, ya que entre las partes se pactó de manera verbal que el contrato de trabajo lo era, por el término de un año y bajo ese entendido se le cancelaron anualmente y directamente al trabajador, la totalidad de sus prestaciones sociales.

Lo anterior se puede corroborar con la documental adosada al plenario por las partes, consistentes en las liquidaciones de prestaciones sociales que se realizaron año a año y en las que se le cancelaron al actor, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, liquidaciones que fueron aceptadas por el actor, sin que se evidencie que en su momento realizó reproche alguno.

Aunado a lo anterior, si bien el Juez de Primer Grado se pronunció entorno a la buena o mala fe de la demandada, al momento de estudiar la indemnización contemplada en el art. 65 del C.S.T. encontrando que la demandada actuó de buena fe, dado que la acepto desde un principio que efectivamente si hubo relación laboral, también se observó con claridad que se cancelaron al trabajador sus salarios y prestaciones, *“y si bien se tiene como no pagas las cesantías, recordemos que el empleador a través de su representante legal indicó en su interrogatorio que las partes siempre acordaron que el contrato era anual, y dijo haber reconocido al trabajador todo lo que le tocaba, con lo cual observa el despacho que ciertamente pagó al trabajador lo que creyó deberle, por lo cual el despacho absuelve al demandado de esta sanción”*

La anterior declaración de buena fe, del Juzgado, no fue objeto de reproche por parte del demandante, nótese que no interpuso recurso alguno al respecto, por lo que al estar demostrada la buena fe de la parte demandada, se habrá de revocar la condena impuesta por sanción por no consignación de las cesantías.

Finalmente y en lo que tiene que ver con la Indemnización por despido sin justa causa, lo primero que debe decirse es que, en materia de despidos *«[...] sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión»* (CSJ SL592-2014) y además, que tales motivos son justas causas conforme al ordenamiento legal.

Revisado el fallo objeto de estudio, se encuentra el Juez se limitó a indicar que *“a la parte demandante le compete probar que la relación laboral culminó y es al demandado quien debe soportar que el motivo alegado como justa causa, efectivamente, si estuvo ajustada a la ley. En el presente caso, no logro demostrar el empleador una justa causa para haber culminado la relación laboral, como era su carga procesal, sumado a que no existe documento en el cual se le informe al trabajador tal decisión”*.

De lo anterior se colige que no se realizó por parte del fallador de primer grado un estudio sobre la terminación del vínculo, a fin de establecer si la parte actora cumplió con la carga de demostrar que dicha ruptura fue a instancias del empleador.

Y es que revisado el plenario no se encuentra prueba alguna, que lleve a la Sala a la certeza de las afirmaciones esgrimidas la parte actora y en las que señala que fue la demandada la que tomó la decisión de dar por finalizado el vínculo por lo que no se le podía trasladar la carga a la demandada para que demostrara la justeza del mismo.

De conformidad con lo anterior, solo se allegó al plenario una copia de un llamado de atención efectuado al actor el 25 de agosto de 2014, y ante la falta de actividad probatoria, se impone necesaria la revocatoria de la condena impuesta en primera instancia.

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 Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE LOS NUMERALES 6 y 7 DE LA PARTE RESOLUTIVA, de la sentencia apelada, y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones relacionadas con INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS e INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CASUSA, por las razones antes señaladas.

SEGUNDO. Se CONFIRMA en lo demás, la decisión objeto de estudio.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORREZ RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26 2018 0020

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LIA ROCIO ACOSTA FUENTES

DEMANDADO: PERMODA LTDA

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de marzo de dos mil veinte uno (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 26 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Veintiséis laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado sustituto de la demandada **PERMODA LTDA.** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto la demandante no cumple los presupuestos jurisprudenciales para ser beneficiaria del fuero de salud, por cuanto no tienen una calificación de PCL del 15% o más y la causa de terminación de su contrato no estuvo relacionada con sus condiciones particulares de salud. Agotado el término, la **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

ANTECEDENTES

La señora **LILIA ROCIO ACOSTA FUENTES** solicitó declarar ineficaz su despido efectuado por la demandada, en consecuencia, condenar al pago de salarios, perjuicios materiales y morales, debidamente indexados, generados desde su despido y hasta su reintegro, declarar que el contrato de trabajo sigue vigente sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derechos (fl.- 2).

Como fundamentos de sus pretensiones, señaló que el 04 de agosto de 2010 fue contratada por TEMPOSERVICIOS LTDA, para laborar con la demandada **PERMODA LTDA.**, en el cargo de *costurera*, sufriendo el 27 de diciembre de 2010 un accidente de trabajo que le comprometió su cadera y columna, siendo diagnosticada con lumbago, calambres y espasmos, infección de vías urinarias, radiculopatía y discopatía. Afirmó que el 1° de octubre de 2015 se efectuó la cesión de su contrato de trabajo, por lo cual paso a desempeñarse como costurera especial I de la sociedad demandada, asistiendo el 09 de mayo de 2012 a consulta médica y siendo el 12 de octubre de 2012 remitida a consulta externa, siendo el 19 de abril de 2013 valorada a ortopedia por su dolor lumbar y de miembros inferiores, siendo hospitalizada e incapacitada en varias ocasiones, siendo informado sui empleador de su situación de salud, quien el 08 de septiembre de 2016 la remitió a valoración con la ARL, quien

determinó lumbago, hipoacusia, sinovitis y tenosinovitis, asistiendo a urgencias el 09 de marzo de 2017 y a control el 15 de marzo de 2017, siendo incapacitada del 29 de marzo de 2017 al 1° de abril de 2017 por sacroilitis discopatía lumbar, acudiendo a control el 11 de abril de 2017 y se le ordenaron 5 sesiones de fisioterapia, pese lo cual, el 15 de mayo de 2017 fue despedida, acudiendo a examen médico de egreso el 19 de mayo de 2017, en la cual se describieron sus afectaciones de salud y se recomendó su calificación, siendo que la empresa no tenía autorización del MINISTERIO DEL TRABAJO para realizar su despido, por lo cual instauró acción de tutela y el 17 de julio de 2017 el JUZGADO QUINTO (5) MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C. concedió el amparo de forma transitoria y ordenó su reintegró, el cual cumplió su empleador hasta el 26 de septiembre de 2017 cuando se le notificó la apertura del incidente de desacato. (fl.- 2-5)

Una vez notificada la demandada, procedió a dar contestación en la que se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos enlistados en los numerales 6, 8, 21 y 30 a 35, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por la parte demandante, inexistencia del derecho a la estabilidad laboral reforzada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y falta de título y causa. (fl.- 108 – 126)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 25 de junio de 2019, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

1. *Absolver a la empresa PERMODA LIMITADA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
2. *Condenar en costas a la demandante Lilia Rocío Acosta Fuentes y a favor de la demandada, tásense y fíjense como agencias en derecho la suma de \$800.000;*

3. *En caso de que la sentencia no sea apelada, se remitirá en el grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del tribunal superior de Bogotá.*

La Juez de primera instancia, como fundamento de su decisión, señaló:

“Del debate jurídico se centra en establecer si es posible declarar la ineficacia del despido de la señora Lilia Rocío Acosta ocurrido el 15 de mayo de 2017, y si en virtud de lo anterior debe reintegrarla al mismo cargo que venia desempeñando junto con el pago de las acreencias compatibles con el reintegro. De la existencia del contrato. No existe discusión en torno a la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes, pues tal hecho fue aceptado por la accionada, pues en la contestación de la demanda visible a folio 126, manifestó que el 1 de octubre de 2015 la demandante se vinculó directamente a la empresa demandada mediante un acuerdo de cesión de contrato con efectos de sustitución patronal, celebrado entre temporexpressos limitada y la demandante. Así mismo, se tiene como remuneración final la suma de \$739.000. Ahora, existe contradicción en lo que atañe a si la demandante para el momento de la finalización del vínculo contractual tenía la condición de estabilidad laboral reforzada en virtud de su patología. Sobre tal punto, se allegaron las siguientes pruebas: a folio 19 carta de terminación del contrato del 15 de mayo de 2017, en donde se indica que el contrato fue terminado sin justa causa, a folio 20 certificación laboral del 15 de mayo de 2015 en donde se indica que la demandante laboró a favor de la demandada desde el 3 de enero de 2012 hasta el 15 de mayo de 2017, a folios 21 a 22 contratos con efectos de sustitución patronal del 30 de septiembre de 2015, de folios 23 a 83 historia clínica de la demandante, a folios 84 y 85 historia clínica de egreso, de folios 86 a 91 fallo de tutela del 17 de julio de 2017, de folios 129 a 131 contrato de trabajo del 3 de enero de 2012 suscrito entre la demandante y temporexpressos limitada, teniendo como empresa usuaria permoda limitada, a folio 132 acta de acuerdo del 3 de enero de 2012 celebrada entre la demandante y temporexpressos, de folio 133 a 135 otrosí al contrato de trabajo fecha 3 de enero de 2012, a folio 137 liquidación del contrato de trabajo del 15 de mayo de 2017, en donde la empresa demandada le reconoce a la demandante como monto de liquidación \$4.355.909, a folio 138 y 139 acta de reintegro, a folio 141 y 142 planilla de aportes al sistema de seguridad social, a folio 143 a 165 comprobantes de pago de nóminas emitido por la empresa demandada a favor de la demandante.

Ahora bien, la parte accionante solicita se condene a la demanda a su reintegro al encontrarse en condición de estabilidad laboral reforzada debido a su condición de salud. En cuanto a este ítem, la ley 361 de 1997 establece en su artículo 26 lo siguiente: “En ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie

autorización de la oficina de trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el código sustantivo del trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.” Señalado lo anterior normatividad, debe aclararse la diferencia entre discapacidad e incapacidad, por cuanto la discapacidad hace referencia a una minusvalía física, psíquica o sensorial, en tanto que la incapacidad se refiere a las situación en la que un trabajador sufre una lesión o enfermedad que le impide realizar una actividad laboral de manera normal, siendo este último caso el que pudo padecer la demandante pues no obra dictamen de pérdida de capacidad laboral en donde se determine un porcentaje de pérdida de capacidad, ni su origen, destacándose que para determinarse una eventual pérdida de capacidad laboral, se requiere una prueba calificada como es el dictamen, no siendo suficientes las documentales allegadas para determinar científicamente su eventual disminución física. Ahora, sobre este punto la corte suprema de justicia en la sentencia sl39207 del 28 de agosto de 2012 y reiterada en la sentencia SL20966 del 6 de diciembre de 2017, indicó lo siguiente: “esta sala de la corte ya tuvo la oportunidad de analiza y definir el tema, fijando su propio criterio el sentido de que la ley 361 de 1997 está diseñada a garantizar la asistencia protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1 al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como seria el respectivo dictamen o calificación. En sentencia del 25 de marzo de 2009, radicado 35606, esta corporación sobre dicha temática puntualizó: en el articulado de la ley 361 de 1997 se toman como parámetros los diferentes grados de minusvalía a que se ha hecho alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del estado, entre otros en el campo de vivienda, seguridad social y educación, así por ejemplo, en el 24 se garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas con limitación que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, si tienen en sus nóminas un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en ese mismo ordenamiento; en el 31 se dispone que los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o periodo gravable a los trabajadores con limitación; y el 37 prevé que el gobierno a través del instituto colombiano de bienestar familiar y en cooperación con las organizaciones de las personas con limitación apropiara los recursos

para crear una red nacional de residencias, hogares comunitarios y escuela de trabajo para atender a las personas con limitaciones severas. Es claro entonces que la precitada ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación que se refiere en sus artículos 1 y 5, de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es, para aquellos que su minusvalía esta comprendida en el grado menor de moderada no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al decreto 2463 de 2001 que si lo hace, aclarando que en su artículo 1 de manera expresa indica que su aplicación comprende entre otras a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contempladas en las leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997, luego el contenido de este decreto en lo que tiene que ver con la citada ley 361 es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa, y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias. Pues bien, el artículo 7 del decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones, en los términos de los artículos 5 de la ley 361 de 1997 define que la limitación moderada es aquella en la que la perdida de la capacidad laboral oscila entre el 15 y el 25%, severa la que es mayor al 25 pero inferior al 50 de la perdida la capacidad laboral, y profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50%. En estas condiciones adoptadas es claro que el juzgador de segundo grado se equivoco al aplicar en este asunto el artículo 5 de la ley 776 de 2002, pues si bien este precepto limita los grados en que se encuentra comprendida la incapacidad permanente parcial, lo hace de manera expresa para los afiliados al sistema general de riesgos profesionales, y para los fines de las indemnizaciones y prestaciones que cubre este régimen que obviamente no guarda relación con el tema de estabilidad laboral que protege la ley 361 de 1997. Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada ley 361 relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada, situación en la que no se encuentra el demandante, pues en su incapacidad permanente parcial tan solo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación moderada que es el grado menor de discapacidad respecto de la cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esta ley, conforme su artículo 1. De acuerdo con la sentencia en precedencia, para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 se requiere: 1. Que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a. con una limitación moderada que corresponde a pérdida de la capacidad laboral entre el 15 y el 25%, b. severa mayor al 25% pero inferior al 50% de la perdida de la capacidad laboral, o c. profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50%. Segundo, que el empleador conozca del estado de salud, y tercero que termine la relación laboral por razón de su limitación física y sin previa autorización del ministerio de la protección social.” Es así que se advierte que la limitación calificada como moderada o leve está entre el 15 y 25% y ese es el rango mínimo que ha estimado la jurisprudencia como aquel que tiene la capacidad de amparar a un

trabajador con la estabilidad laboral reforzada. Ahora, en las documentales allegadas no se puede concluir que la demandante padezca una discapacidad en los temas antes señalados, pues el simple seguimiento médico a un padecimiento de salud no puede considerarse así solo como una minusvalía física, psíquica o sensorial, pues para determinarse la misma, se reitera, es necesario que hubiese calificada la pérdida de capacidad laboral, a fin de ser sujeto de protección especial en los términos de la ley 361 de 1997, destacándose que en el presente caso la demandante no acreditó esta condición, lo anterior por cuanto la prueba testimonial no da fe de dicha circunstancia, solamente se puede extraer que efectivamente la demandante estuvo atendida o tuvo un tratamiento médico de salud y que la misma era de conocimiento de la empleadora, sin que se haya calificado su pérdida de capacidad laboral, con el fin de establecer si su porcentaje de pérdida era superior al 15% y que por tanto estaba protegida por la estabilidad laboral reforzada establecida en la ley 361 de 1997, carga de la prueba de la incumbencia de la demandante, es decir, la demandante debía acreditar dicha circunstancia, lo cual no realizó en el caso bajo estudio, razón por la cual el despacho absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, referentes al reintegro con el consecuente pago de las acreencias a que tuviera derecho con ocasión de dicho reintegro.

Ahora, en cuanto la indemnización por perjuicios morales y materiales. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 167 del código general del proceso, aplicable en materia laboral por expresa remisión del artículo 145, corresponde a quien pretende el reconocimiento de ciertos derechos la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido, sin que en el presente asunto la demandante acreditara la causación de dichos perjuicios, ni su monto, razón por la cual el despacho absolverá igualmente a la demandada de dichas pretensiones. Así las cosas, el despacho absolverá a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y en virtud de lo anterior se releva del estudio de los medios exceptivos propuestos. Así mismo y conforme lo prevé el artículo 365 del código general del proceso, se impondrán costas de esta instancia a cargo de la parte demandante. En virtud de lo expuesto, el juzgado 26 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve...”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación señalando:

“Muchas gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación ante su despacho, y me permito sustentarlo en los siguientes términos: me permito solicitar al honorable tribunal revoque la decisión de la juez, en razón y teniendo en cuenta los siguientes argumentos: es de pleno conocimiento de la empresa la condición de salud que tenía mi

representada, y que su imposibilidad de realizar su calificación se debió a que no ha cumplido como tal los 180 días de incapacidad, pero pese a eso, se ha encontrado en una situación que perjudica su estado, tanto de salud, ha estado incapacitada, ha tenido pues una cirugía después de que se le realizó el despido y se estaría perjudicando gravemente a mi representada, pese a ello ella si contaba con una protección en razón de su enfermedad que llevaba mas de 5 años en la empresa y que constantemente siempre había tenido sus recomendaciones vigentes. El despido se desarrolló simplemente porque dejó vencer su incapacidad y la empresa pues presuntamente aprovecho para cancelar el contrato, me permito realizar una ampliación de mi sustentación ante el tribunal superior, sala laboral, y solicito se revoque cada una de las decisiones que tomó el ad quo y se acceda a las pretensiones de la demandante, teniendo en cuenta que si estaba mediante la situación de estabilidad laboral reforzada. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

La Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación, esto es, establecer si le asiste o no derecho a la demandante al fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud y si como consecuencia de ello procede la declaratoria de ineficacia del despido.

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: i) la demandante LILIA ROCIO ACOSTA FUENTES y TEMPOSERVICIOS LTDA. suscribieron el 03 de enero de 2012 contrato de trabajo por obra o labor determinada, por el cual la demandante se obligó a desempeñar el cargo de costurera como trabajadora en misión de la empresa usuaria PERMODA LTDA. (fl. 129 a 131), acordando las partes el pago de un beneficio de alimentación (fl. 132) y de un beneficio de producción (fl. 133 a 135); ii) el 30 de septiembre de 2015, TEMPOSERVICIOS LTDA. y PERMODA LTDA. suscribieron contrato de cesión con efectos de sustitución patronal, en virtud del cual desde el 1º de octubre de 2015 la demandada asumió como empleador de la demandante, bajo las mismas condiciones pactadas con la empresa cedente, sin que ello implicara extinción, modificación ni suspensión del contrato de trabajo (fl. 127 a 128); iii) el 15 de mayo de 2017, la demandada informó por escrito a la demandante la decisión de finalizar de forma unilateral sin justa causa

su contrato de trabajo a partir del 16 de mayo de 2017 (fl. 136); iv) mediante sentencia de tutela del 17 de julio de 2017, se ampararon de forma transitoria los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y seguridad social de la demandante, ordenando a la demandada su reintegro y pago de aportes a seguridad social (fl. 86 a 91); v) el 26 de septiembre de 2017 la demandada procedió al reintegro de la demandante, oportunidad en la cual se compensaron los valores pagados en la liquidación final del contrato respecto de las sumas causadas por sueldos, prima de servicios y beneficio de alimentación causado entre la terminación de su contrato de trabajo y su reintegro (fl. 138 a 140).

Ahora bien, descendiendo al caso que nos ocupa, se encuentra 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 1° y 5° 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 sentencias 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.**

La apoderada de la parte actora en su recurso señala que la actora, pese a no estar calificada si se encontraba incapacitada y que la misma, fue intervenida quirúrgicamente luego del despido, que recibió constantes recomendaciones y que la empresa aprovechó que se le venció su incapacidad para despedirla.

Ahora bien, de la revisión de las pruebas allegadas al plenario, se encuentra que la decisión adoptada por la Juez de Primer Grado, se encuentra ajustada a derecho, ya que, si bien se evidencia que la actora contaba en controles, con unas patologías de origen lumbar al momento de la terminación del laboral, la misma no se encontraba incapacitada y mucho menos en una circunstancia de debilidad manifiesta.

Lo anterior se afirma como quiera que al expediente se allegaron las siguientes pruebas:

- Conforme exámenes diagnósticos, el 27 de mayo de 2016 se indicó que la demandante sufre de sacroilitis (fl. 41); el 20 de junio de 2016 se halló discopatía lumbar múltiple, protrusiones discales, espondilolisis y anterolistesis (fl. 40); el 12 de enero de 2017 se evidenció discopatía lumbar inferior, anterolistesis, espondilólisis y protursión discal (fl. 39).
- Conforme historias clínicas, el 14 de febrero de 2014 se le diagnosticó hernia discal y discopatía lumbar sin incapacidad (fl. 53); el 15 de febrero de 2017 se le diagnóstico hipoacusia bilateral sin incapacidad (fl. 54); el 20 de febrero de 2017 se le diagnosticó espondilolistesis sin incapacidad (fl. 55); fue internada del 09 de marzo de 2017 al 10 de marzo de 2017 por dolor pélvico y perineal (fl. 56 a 64); el 15 de marzo de 2017 se le diagnosticó sacroilitis y trastorno de discos intervertebrales, con manejo analgésico sin mejora y limitación de movilidad articular, sin ordenar incapacidad (fl. 48).
- Presentó incapacidad por dolor pélvico y perineal del 10 de marzo de 2017 al 11 de marzo de 2017 (fl. 79), incapacidad por trastorno de discos intervertebrales del 29 de marzo de 2017 al 1º de abril de 2017 (fl. 65); incapacidad por dolor pélvico y perineal del 1º de abril de 2017 al 4 de abril de 2017 (fl. 74).
- Realizó el 20 de abril de 2017 (fl. 71), el 24 de abril de 2017 (fl. 72); el 26 de abril de 2017 (fl. 76), esto es con posterioridad al despido y 02 de mayo de 2017 (fl. 78) terapias físicas por dolor lumbar.

Adicional a lo anterior, la Sra. Diana Carolina Ramírez Núñez, testigo solicitada por la demandada, señaló que como médica laboral de la demandada tuvo conocimiento directo de que la demandante no estaba incapacitada ni contaba con recomendaciones laborales vigentes al momento del despido y que el puesto de trabajo de la demandante era acorde con las recomendaciones que en 2016 se había efectuado.

Así las cosas, y como bien y de manera pormenorizada describió la Juez en su providencia, no existe prueba alguna que indique que, para el 15 de mayo 2017, la demandante se encontrara en alguna de las situaciones antes descritas, ni siquiera tuvo incapacidad alguna o por lo menos no hay prueba de ellas y aunque la recurrente insiste en que sí, por lo que su afirmación riñe con la realidad probatoria.

De manera que, insiste la Sala la demandante no se encontraba en las situaciones de discapacidad, limitación o debilidad manifiesta, al momento de la terminación del contrato. De hecho, a la finalización del juicio no existía una calificación, luego no puede en este caso, en términos de lo ya aclarado por la Corte Suprema, existir presunción de despido discriminatorio.

Vale decir que las recomendaciones médicas, como las que obran en el expediente tienen como fin contribuir a la mejoría de síntomas, no dan ni siquiera indicio para determinar que las patologías que las originan generen discapacidad y menos aún que ubiquen a sus destinatarios en estado de debilidad manifiesta

Y es que definitivamente no todo estado de salud deteriorado conduce a un estado de debilidad manifiesta o grado alguno de discapacidad, ni aún las incapacidades lo indican, pues lo que se espera, se itera, es la recuperación de la salud, por eso es que en cada caso en particular **debe**

analizarse si en verdad existía la condición en el momento del despido, pues si es así el despido se presume discriminatorio, como por ejemplo cuando son constantes las incapacidades, son conocidas por el empleador y son de tal seriedad que se prolongan en el tiempo.

Por tanto, en este caso no existe presunción, pues al momento de la finalización del contrato no existía estado de debilidad manifiesta ni aún una incapacidad, que así lo indicará, como para dar aplicación a las sentencias de la Corte Suprema al respecto, como la sentencia SL 12998 Rad 49321 de nov 29 de 2017 MP JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y la SL 1360 de 2018 de abril 11 de 2018 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, que explican detalladamente el tema.

Finalmente, no sobra traer a colación la sentencia SL5181-2019 Radicación N° 68610 de veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), allí aclara y mantiene la Corte Suprema el criterio sobre el grado de discapacidad que genera la protección, pues el objetivo de la norma no es que un trabajador apto para laborar, aunque con estados de salud manejables y por ende controlados se perpetúe en el cargo, cuando existen razones objetivas para que el empleador termine el contrato, mediante las herramientas legales que le otorga la ley. Señaló la corte allí:

“(…)

*Se ha explicado, a partir de su finalidad, que la citada normativa contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral, por cuanto su protección va más allá de las garantías que este régimen cubre; **por ende, su propósito no es otro que la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo para quienes las padecen en los grados de «severas y profundas» la asistencia y protección necesarias, así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya quedó dicho, a quienes padecen una invalidez significativa.***

*En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, **según el grado de su limitación**, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento.*

Dicha identificación, sólo con el propósito de hacerse visibles ante la sociedad y lograr su integración en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

En su articulado se toman como parámetros, los diferentes grados de invalidez a que se hizo alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado, entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación. Ejemplo de ello es que el artículo 24 garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas en situación de discapacidad, que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, siempre que sus nóminas tengan como mínimo el 10% de empleados en situación de discapacidad; en el 31 se dispone que los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% «comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales, pagados durante el año o período gravable a los trabajadores en situación de discapacidad, mientras estas subsistan», y el 37 establece, que el Gobierno, a través del ICBF, y en cooperación con las organizaciones de personas con discapacidad, apropiará los recursos para crear una red nacional de residencias, hogares comunitarios y escuela de trabajo para atender las personas con limitaciones severas. Sobre este tema se pueden consultar las sentencias CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532 y CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 35606.

Así, queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

Ahora, como la aludida ley no determina los extremos en que se encuentra los distintos grados de severidad de la discapacidad, debe acudir al artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, que sí señala los citados parámetros, en los términos del artículo 5° de la Ley 361

de 1997, de la siguiente manera: discapacidad «moderada» es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; «severa», la que es mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y «profunda» cuando el grado de invalidez supera el 50%.

En consecuencia, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral; cuya acreditación no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación, que era evidente desde entonces.»

De manera que la Corte Suprema nuestro organismo de cierre, sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio, lo que se itera fue siempre el objetivo y no que cualquier estado de salud deteriorado ubique al trabajador en esa protección. En forma clara la Corte lo indicó así en esa sentencia cuando expresó:

“(…)

Lo anterior no significa, se itera, que la protección especial al trabajador en situación de discapacidad sea el parámetro general, esto es, que cualquier afectación al estado de salud, es el que amerita la restricción legal, sino como lo ha venido sosteniendo la Sala, la acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial, para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, son las discapacidades significativas las que se convierten en objeto de discriminación, y por ello, el legislador consideró que, a partir de la moderada se justifica la restricción, la cual se puede acreditar con los diversos medios de prueba posibles.»

Vale resaltar que efectivamente se puede acreditar con todos los medios de prueba que efectivamente existía, en palabras de la Corte una afectación de la salud con la gravedad y discapacidad que justificara la protección, a cargo de la parte actora y como en verdad no se logró demostrar, tal y como señaló la Juez no hay sustento alguno, para declarar ineficaz una finalización de contrato, sin que existiera despido alguno y menos aún entonces obligación de solicitar permiso al Ministerio de trabajo.

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

En los anteriores términos se revocará la sentencia de primera instancia.

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 y por autoridad de la Ley

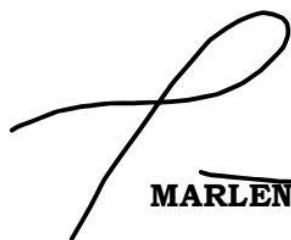
RESUELVE

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

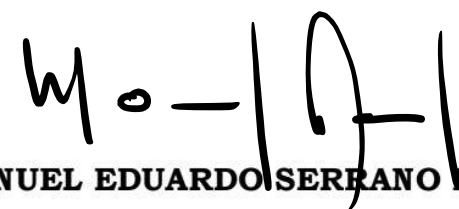
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
SALVO VOTO

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO
DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ELIECER
PUENTES ZABALA VS TEAM FOODS COLOMBIA S.A. RAD N° 26
2017 606 01**

Se reconoce personería a la Dra, Bibiana Mercedes Parra Ariza, como apoderada de la parte demandante, en los términos del poder allegado.

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de marzo 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,

ALEGATOS

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

SENTENCIA

El señor **JORGE ELIECER PUENTES ZABALA**, instauró demanda a través de apoderado y en contra de **TEAM FOODS COLOMBIA S.A.** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se condene a la demandada al pago del reajuste de salarios, primas legales y extralegales, cesantías e intereses a las cesantías debidamente indexados y al pago de los demás derechos que resulten demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fl.-2).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta la parte actora en síntesis:

- Que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de enero de 1995, para desempeñar el cargo de operario de margarinas y como último salario mensual la suma de \$1.409.364,00.
- Que se encontraba afiliado a la organización sindical SINTRAIMAGRA.
- Que la empresa demandada le informa al actor que su salario sería desmejorado y se le disminuyó su cotización a seguridad social.
- Que de igual forma se vieron afectadas todas sus prestaciones sociales. (fl.-3-4)

Una vez admitida la presente acción, la empresa demanda, procedió a dar contestación, en la que se opone a las pretensiones es de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 7 y 13 a 16, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, mala fe de la parte actora pago, prescripción y compensación. (fl.- 64 - 71)

Tramitada la primera instancia, la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el trece (13) de agosto de 2019, en la que resolvió **ABSOLVER** a la demandada de la totalidad de las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora (fl.- 114).

Para llegar a esa conclusión afirmó la Juez, de primer grado señaló:

“De la existencia del contrato de trabajo. No existe discusión en torno a la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes, pues tal hecho fue aceptado por la accionada en su contestación folio 65, además de verificarse con el contrato de trabajo a termino fijo inferior a 1 año suscrito entre las partes, folios 40 a 41, así como los comprobantes de nomina para la segunda quincena de marzo de 2016 y primera quincena de abril de 2016, folios 43 a 44 y resumen

acumulados de pagos de los años 2015 a 2018, folio 77 a 80, documentos que dan cuenta de la vinculación laboral del demandante vigente desde el 12 de junio de 1995 y que perduran en la actualidad, desempeñando el cargo de auxiliar de almacén.

Ahora, de los reajustes salariales y de las demás acreencias prestacionales. Pretende el demandante el reajuste de sus salarios, primas legales y extra legales, cesantías e intereses a las cesantías dejados de cancelar desde el 12 de febrero de 2016, argumentado que su salario le ha sido desmejorado desde febrero de esa anualidad por haberse afiliado a la organización sindical sintraemagra, por lo que ya no se tiene en cuenta los rubros como primas extra legales de junio y diciembre y de vacaciones, auxilios de alimentación y transporte como factor salarial, lo que se traduce en una prohibición a sindicalizarse. Por su parte la demandada afirma que ha venido pagando al demandante el valor de todos los conceptos causados en la relación de manera oportuna e integra, incluidos los causados con posterioridad a febrero de 2016.

Pues bien, de conformidad con el contrato de trabajo visible a folios 40 a 41, se observa que las partes en litigio suscribieron un contrato de trabajo a termino fijo inferior a 1 año para iniciar labores a partir del 12 de junio de 1995, en el que en su clausula tercera en lo referente a la remuneración expresamente estipulan que la empresa pagará un salario mensual de \$236.290, y en su parágrafo primero acuerdan: “lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales tales como la alimentación habitual o vestuario, las primas extra legales de vacaciones de servicios o de navidad, o cualquier otra que reciban durante la vigencia del contrato en dinero o en especie, a cualquier titulo y bajo cualquier otra denominación, no constituyen salario.” Así las cosas, debe traerse a estudio lo normado en los artículos 127 y 128 del código sustantivo del trabajo que regulan tanto los elementos integrantes como los pagos que no constituyen salario y en los que su tenor literal establecen lo siguiente: “artículo 127. “elementos integrantes. Constituye salario no sólo 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 y comisiones.” Por su parte, el artículo 128 de la misma codificación establece: “pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario la suma 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 convencionalmente o contractualmente u otorgados de 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.”

De acuerdo con lo anterior, los elementos integrantes del salario corresponden a toda remuneración ordinaria, ya sea fija o variable que perciba el trabajador por la prestación personal del servicio sin importar la denominación que se dé, empero el articulado siguiente se establece también que existen otros montos que no son constitutivos de salario, siempre y cuando las partes lo hayan dispuesto de forma expresa, situación en la cual se exonera el computo de dicha suma para el calculo de las prestaciones sociales del trabajador, por consiguiente para que un factor no sea elemento constitutivo de salario debe haberse pactado y expresado por las partes, situación que aconteció en el presente asunto como quedó visto respecto de las primas extralegales de junio y diciembre, de vacaciones y auxilio de alimentación y transporte que ahora se reclaman.

Ahora bien, quedo demostrado en el proceso que el 28 de julio de 2009, las partes suscribieron un documento denominado acta de imputabilidad, en el que acordaron que todas las primas extralegales como la de navidad, junio y de vacaciones y los auxilios de alimentación y transporte que venía percibiendo el actor y que no constituían salario para ningún efecto, se convertirían en salario a partir del 1 de agosto de esa anualidad, es decir, del 2009, lo que daría lugar a que desde esa fecha su salario ordinario quedaba en la suma de \$1.027.935, igualmente acordaron que la cantidad anual de \$2.925.692 que correspondía a las primas extralegales y a los auxilios de alimentación y transporte sean imputables a cualquier beneficio o derecho que tuviere que hacer o reconocer la empresa por disposición legal o por cualquier acuerdo colectivo, ya sea por medio de convención colectiva, laudo arbitral o cualquier otro medio o mecanismo en el evento en el que el trabajador decida voluntariamente acogiéndose al principio de libre derecho de asociación sindical, sindicalizarse para obtener los derechos de la convención colectiva vigente, en especial lo concerniente a las primas extralegales y demás derechos que se han convertido en salario, de tal manera que nunca haya un doble beneficio por el mismo derecho o concepto, folio 72.

El referido documento fue suscrito por el demandante sin presentar objeción alguna, tal y como se observa a folio 72, documento que además no fue tachado de falso, obteniendo sus beneficios desde aquella fecha, agosto de 2009, sin que ahora se pueda alegar que desconocía el referido documento cuando se observa su suscripción.

Ahora bien, al absolver el interrogatorio la representante legal de la demandada manifestó que el documento del acta de imputabilidad fue un acuerdo de voluntades respecto a unos conceptos extra legales, como primas extralegales y auxilios de alimentación que no constituían salario y partir de ese acuerdo empezaban a constituir salario, había una clausula que se indicaba que si el trabajador en su libre derecho de asociación decidía acogerse a los derechos de la convención colectiva, esos derechos se adherían imputables y no habría lugar al

doble beneficio, y la empresa le entregó copia al trabajador de dicha acta de imputabilidad.

Se recibió el testimonio de William Romero González que manifestó conocer al demandante porque fue directivo del sindicato de la empresa, como presidente del sindicato, considera que el acuerdo genera que los trabajadores no se afilien al sindicato al generarse una desmejora en su salario si se afilian; los conceptos de primas de vacaciones, primas convencionales de navidad, auxilio convencional de alimentación y de transporte pactados en la convención no tienen efecto salarial. Por su parte, Héctor Augusto Romero indico que al demandante se le disminuyo el salario al acogerse a la organización sindical cuando se afilio en el 2016. Que antes había estado afiliado pero que se desafilio porque la empresa le hizo algunas ofertas, que en el acta de imputabilidad se establece un salario mas alto que el sindicalizado, que el personal no sindicalizado tiene auxilios y beneficios mucho mas altos que el de los empleados sindicalizados, que los compañeros le manifestaron que nunca conocieron el contenido del acta de imputabilidad que suscribieron, que solo ahora que se afiliaron a la organización sindical y solicitaron copia de esa acta y ahí fue que conocieron el contenido de la misma. Richard Uriel Valderrama afirmó que el demandante es trabajador de la empresa demandada, que las personas que están cobijadas por la convención tienen un sistema de pago y los que no otro sistema, por ejemplo el demandante tiene primas extralegales y los otros no, que al final de año perciben el mismo ingreso, que ello obedece que por libre albedrio algunas personas suscribieran unas actas en las que se pactaron unos auxilios y primas y había una opción si quería que se le sumaran a su salario básico y si no, no firmaban el acta, que cuando firmo, es decir, el testigo, le explicaron en qué consistía y le explicaron que eran unos auxilios que no estaban incluidos en el salario para que constituyera salario a partir de la firma de ese acta y que en el momento en que quisieran devolverse, dichos auxilios o beneficios saldrían de ser parte del salario pero siempre conservando su salario básico. Que no fueron obligados o coaccionados para firmar, que fue una libre decisión de cada uno de los trabajadores, que en ambos sistemas de pagos se reciben los mismos ingresos, que a todos los empleados se les hace incremento salariales cada año, inclusive el sindicato a veces pacta un incremento superior, los del sindicato se les pagan días calendario y a los no sindicalizados se les paga sobre 30 días al mes. De conformidad con las pruebas allegadas y analizadas en conjunto, se encuentra que mediante el acuerdo denominado acta de imputabilidad, se declaraba temporalmente la ineficacia del pacto de salarización suscrita inicialmente en el contrato de trabajo, por virtud del cual se le indicó que los valores correspondientes a las primas extralegales y a los auxilios de alimentación y de transporte se cuantificarían en una suma total que se desagregaría mensualmente para ser incrementada su asignación salarial mensual, pero que ello solo sería procedente en la medida que no se beneficiare de las cláusulas convencionales, entendiéndose que eso implicaría un alto grado de desigualdad con los demás trabajadores, pues estaría el trabajador demandante percibiendo un salario constituido por los factores adicionales ya

mencionados más los beneficios convencionales, siendo que los otros trabajadores sindicalizados solamente obtendrían lo pactado en la convención colectiva y los demás beneficios no tendrían connotación salarial, así mismo también sería desigual con aquellos trabajadores que no hacen parte de la convención colectiva, toda vez que también ellos solamente percibirían los beneficios consagrados en el acta de imputabilidad y no los demás beneficios, tampoco se acredita en el plenario que dicho documento haya estado viciado de nulidad, máxime si se tiene que ello ni siquiera fue alegado por el demandante, es así como debe recordarse que al ser un acuerdo suscrito mediante el acta de imputabilidad un acto consciente en una declaración de voluntad, su validez y eficacia se cuestiona a la luz de los artículos 1502 y siguientes del código civil colombiano. De conformidad con el artículo 1502 del código civil, para que una persona se obligue a otra para un acto de declaración de voluntad, es necesario que entre otras cosas, que consienta en dicho acto de declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio, así mismo determina el artículo 1508 de la misma codificación que los vicios los que pueda adolecer el consentimiento son error, la fuerza y el dolo, esto es, que el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia y la validez del acto jurídico y de ello depende que la manifestación de voluntad de cada uno de los agentes no se produzca bajo el imperio de coacción física o moral ni a causa de un error fortuito o provocado por el dolo de otro de los agentes. Ahora bien, los vicios del consentimiento como son error fuerza y dolo no surgen en abstracto sino que debe provenir de los hechos que de manera clara afecten el consentimiento, de modo que, al no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido, siendo entonces imperioso para el demandante acreditar su ocurrencia y efectos con el fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda.

Recuérdese que en materia laboral rige el principio según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran en el efecto jurídico que se persigue, postulado que recoge nuestra legislación procedimental civil en su artículo 167, aplicable al caso bajo estudio por expresa remisión del artículo 145 del código de procedimiento laboral, es así que es únicamente en las pruebas que regular y oportunamente sean allegadas al proceso en las que el funcionario puede fundar sus decisiones, aplicada las nociones anteriores al presente asunto, se tiene que la parte actora no logró establecer la presencia de elementos coaccionantes que tenga la entidad suficiente para viciar su consentimiento como manifestación de voluntad expresada literalmente al momento de celebrar el acuerdo contenido en el documento de acta de imputabilidad referente a que el carácter salarial de las primas extralegales como la de navidad, junio y de vacaciones y los auxilios de alimentación y transporte que venía percibiendo y que constituían salario a partir del 1 de agosto de 2009, dejarían de serlo en el evento que se sindicalizara y entrara a ser beneficiario de otros acuerdos que pudieran generarle beneficios por los mismos conceptos, además el demandante quien tenía la carga de la prueba tampoco logró demostrar que efectivamente cuando suscribió el acta de imputabilidad no tenía conocimiento de la misma o que no fue puesta de presente, pero dicha circunstancia no pueden ser tenidas en

cuenta en el caso bajo estudio, toda vez que en el acta se encuentra la suscripción o se encuentra la firma del aquí demandante, de lo que se deduce que efectivamente tuvo o estuvo en presencia del documento y lo pudo haber objetado al momento de la suscripción o no haberlo suscrito en dicha oportunidad.

Finalmente, tampoco logró verificarse que con la suscripción de la mencionada acta de imputabilidad la demandada pretendiera una persecución sindical o que ello se pretendiera que los trabajadores buscaran no afiliarse o desafiliarse de sintraimagra, pues por el contrario, pudo verificarse la existencia de la organización sindical dentro de la empresa, así como la suscripción de la convención colectiva de trabajo desde el año 2007, siendo la última vigente la suscrita en el año 2016 con vigencia hasta el año 2020, aportada de folios 22 a 36 y que por constituirse con un sindicato no mayoritario, tan solo amparara a sus trabajadores afiliados, sin que en manera alguna implique una desventaja o persecución en su contra el hecho de ofrecer por parte de la empresa beneficios a los trabajadores no sindicalizados, y tampoco podría el demandante percibir tanto los beneficios de la convención colectiva como los beneficios de los trabajadores no sindicalizados, toda vez que estaría recibiendo doble beneficio por una circunstancia. De conformidad con lo anteriormente expuesto no hay lugar a acceder a las pretensiones de la parte demandante de reajustar sus salarios y prestaciones al encontrarse completamente válido el acuerdo suscrito por el demandante y en consecuencia se absolverá a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, lo anterior conforme lo expuesto la parte motiva de esta providencia. En cuanto a las excepciones, el despacho declarará probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir del juicio a cargo de la sociedad demandada y cobro de lo no debido. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, toda vez que fue vencida en juicio. En virtud de lo expuesto, el juzgado 26 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación señalando:

“Bien señora juez, entonces me permito presentar la impugnación o la apelación a la sentencia que usted acaba de leer, si me lo permite. Bien, de parte como le corresponde a la parte demandante, nos permitimos apelar la sentencia que se acaba de leer porque la sentencia, en primera razón, no tuvo en cuenta elementos que son sustanciales en el debate, el primero de ellos que es falso que exista una igualdad en los ingresos entre los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados vinculados a un acto de imputabilidad, porque efectivamente las primas que están consideradas como extralegales, es decir, las primas de vacaciones, las primas convencionales de navidad, el auxilio convencional de alimentación y el auxilio convencional de transporte, no constituye salario para los trabajadores sindicalizados,

de entrada eso implica una discriminación en contra de los sindicalizados, porque los efectos que tienen esas primas no están sobre el valor bruto del salario mensual, sus efectos se miden en lo dejado de percibir por parte del trabajador en las cesantías, en los intereses de cesantías, en las primas a que tiene derecho por ley y por supuesto a los efectos sobre la pensión, esos efectos, esa desigualdad que sigue existiendo y que subsiste fue puesta en juicio y no se consideró totalmente por parte de su señoría, en consecuencia consideramos que esa acta de imputabilidad no solo constituye una violación del derecho de asociación, sino que necesariamente es una desproporción matemática entre los participantes de la convención colectiva o los beneficiarios de la convención colectiva con los trabajadores no sindicalizados, atacando directamente el derecho de asociación. El trabajador, como se ratificó no conoció el acta de imputabilidad y como se pudo probar en el expediente, solamente la recibió hasta 2016. En ese sentido, no se puede considerar que la relación entre el trabajador individualmente considerado con respecto al empresario es de igualdad, pues existe por supuesto una relación de desigualdad basada en la subordinación que llevaba a este trabajador a firmar un acta de imputabilidad que además no recibió copia, esa acta de imputabilidad si está puesta en juicio y en ese sentido, mientras persista las condiciones firmadas por esa acta, persistirá la desigualdad existente entre los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a favor de los no sindicalizados, por esta razón, consideramos que la apelación no solamente es necesaria, sino que se debe reconvenir la sentencia que aquí se ha proferido, en el sentido de garantizar que el trabajador pueda tener como efectos salariales, exactamente las primas que por vía de discriminación del acta de imputabilidad no tienen ese factor salarial, y nos referimos entonces a las primas de vacaciones, a la prima convencional de navidad, al auxilio convencional de alimentación y al auxilio convencional del transporte, que al momento de que esas primas puedan ser consideradas como salario, habría una efectiva igualdad de ingresos entre los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, mientras persiste la exclusión del salario de esos factores pactados por el sindicato, no habrá igualdad del salario y no se podrá considerar lo que efectivamente la empresa ha dicho y es que no haya un doble beneficio, pues ese doble beneficio no solo no existe sino que además los sindicalistas siguen recibiendo salarios desiguales menores y efectos salariales menores a los de los no sindicalizados, en esos términos nosotros ratificamos las pretensiones que se han presentado en la demanda y solicitamos entonces que el juez superior competente, falle en segunda instancia. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte actora, 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.

Del resumen que antecede se encuentra que no fue objeto de controversia la existencia de la relación laboral, ya que la misma fue aceptada por la demandada desde su escrito de contestación, por lo que se encuentra que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo desde el día 12 de junio de 1995, desempeñando el cargo de auxiliar de almacén, relación laboral que continúa vigente en la actualidad.

Igualmente se encuentra que entre las partes se suscribió la denominada acta de imputabilidad de fecha 28 de julio de 2009, en el que acordaron que todas las primas extralegales como la de navidad, junio y de vacaciones y los auxilios de alimentación y transporte que venía percibiendo el actor y que no constituían salario para ningún efecto, se convertirían en salario a partir del 1 de agosto de dicha anualidad, es decir, del año 2009, lo que daría lugar a que desde esa fecha su salario ordinario quedaba en la suma de \$1.027.935.

Igualmente acordaron que la cantidad anual de \$2.925.692 que correspondía a las primas extralegales y a los auxilios de alimentación y transporte sean imputables a cualquier beneficio o derecho que tuviere que hacer o reconocer la empresa por disposición legal o por cualquier acuerdo colectivo, ya sea por medio de convención colectiva, laudo arbitral o cualquier otro medio o mecanismo en el evento en el que el trabajador decida voluntariamente acogiéndose al principio de libre derecho de asociación sindical, sindicalizarse para obtener los derechos de la convención colectiva vigente, en especial lo concerniente a las primas extralegales y demás derechos que se han convertido en salario, de tal manera que nunca haya un doble beneficio por el mismo derecho o concepto. (fl.- 72).

Ahora bien, de la lectura del acuerdo antes mencionado, esta Colegiatura encuentra que tal y como lo señaló la Juez de Primer Grado, en el proceso no se vislumbra la vulneración al derecho a la igualdad, que alega el recurrente, toda vez que en primer lugar, si bien es cierto, señala que en su momento no le fue entregada copia de

dicha acta, ello no quiere decir, que la misma se encuentra viciada de nulidad.

Aunado a lo anterior, dicho documento tampoco fue tachado por la parte actora dentro de las oportunidades legales pertinentes, por lo que el mismo tiene el valor probatorio que la ley le otorga.

De conformidad con lo anterior, se tiene que en el acuerdo de imputabilidad se estableció que el actor contaba con unos beneficios extralegales los cuales fueron otorgados por la demandada por mera liberalidad, y por ello no constituían factor salarial, pero en virtud de la suscripción de dicho documento, se convertirían en salario. Igualmente se estableció con claridad que la suma anual que correspondía a las primas extralegales y a los auxilios de alimentación y transporte, serán imputables a cualquier beneficio o derecho convencional al que tuviere derecho el actor al momento de sindicalizarse, en relación con los beneficios con los derechos que fueron convertidos en salario, esto a fin de evitar un doble beneficio, por el mismo concepto o derecho.

Así las cosas, esta Sala no encuentra que con dicho pacto se vulnere el derecho a la igualdad de los trabajadores sindicalizados, en los términos señalados por la parte actora en su recurso, máxime si se tiene en cuenta que el querer de dicho acuerdo es precisamente crear desigualdad entre los trabajadores, y que existan algunas personas que reciban dobles beneficios.

Por lo anterior y son mayores razonamientos por innecesarios, se habrá de confirmar la decisión absolutoria impartida por la Juez de Primer grado.

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 Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones antes señaladas.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA GLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORREZ RUSSY



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2017-008-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: HÉCTOR LÓPEZ LÓPEZ
DEMANDADO: FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiséis (26) días del mes de marzo 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 la apelación presentada por el apoderado de la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de agosto de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor HECTOR LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1 de febrero de 1998 hasta el 5 de diciembre de 2014 y como consecuencia se condene al pago de salarios de los años 2015 a 2016, auxilio de cesantías, interés a la cesantía, primas de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

servicio, pago de aportes en pensión, salud e indemnizaciones de que tratan el artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990. (fl.4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue vinculado a la demandada desde el 1 de febrero de 1998 como docente, se desempeñó como decano de la Facultad de Universidad a Distancia, percibió una remuneración mensual de \$5.400.000 y a la terminación del contrato de trabajo no se le pagaron las prestaciones sociales causadas durante la vigencia de esta, así como los salarios adeudados de los años 2014 a 2016; indicando que en la terminación de su vinculación, se configuró un despido indirecto como quiera que se vio obligado a renunciar por el retraso en el pago de salarios en que incurrió la demandada. (fl.2)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN** contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos los negó, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción y compensación. (fl.76)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR probada la excepción de prescripción y en consecuencia, ABSOLVIÓ de todas las pretensiones formuladas en contra de la demandada y condenó en costas al demandante.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

La demanda se presentó por el señor Héctor López López el 19 de diciembre de 2016, según folio, 28 el auto admisorio de la demanda se notificó al demandante mediante estado del 20 de abril de 2017, según folios 29 y 30 del plenario. La parte actora envió la citación prevista por el artículo 291 del código general del proceso a la demandada el 15 de noviembre de 2017, según folios 35 al 37, y el aviso previsto por el artículo 292 del código general del proceso, el 28 de febrero de 2018, folios 39 al 41 del plenario. Ante la imposibilidad de efectuar la notificación, el 13 de marzo de 2018 la parte actora solicitó el emplazamiento según folio 38, que fue ordenado por el despacho mediante auto del 23 de julio de 2018, providencia en la que también se nombró un curador para la litis a la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

demandada, según folios 44 y 45. Finalmente la misma demandada se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda el 30 de agosto de 2018, folio 71. Teniendo en cuenta las premisas fácticas y normativas señaladas, lo primero que advierte el despacho es que entre la fecha en que se hicieron exigibles las acreencias reclamadas y la fecha de presentación de la demanda, no se formuló un reclamo escrito a la empleadora sobre los derechos debidamente determinados, pues si bien es cierto obra a folio 90 un documento denominado formato radicación de solicitud identificación de acreencias, en el mismo no se indica ninguna de las acreencias laborales solicitadas en la demanda en forma debidamente determinada, por lo que fue con la demanda que pretendió el demandante interrumpir la prescripción. Así las cosas, si bien es cierto la demanda se formuló dentro de los 3 años siguientes a la fecha de exigibilidad de las obligaciones, esto es, el 19 de diciembre de 2016 como quedó indicado, para que tuviera el efecto de interrumpir la prescripción debió notificarse el auto admisorio a la demandada entre el 20 de abril de 2017 y el 20 de abril de 2018, pues la primera fue la fecha en que se notificó por estado esta providencia al demandante. Dos meses después del auto admisorio de la demanda, el demandante solicitó que se le autorizara el cambio de dirección a la de la carrera 18 antes referida, autorizado el envío de la citación prevista por el artículo 291 del código general del proceso a la carrera 18 # 80-45, esta citación solo se envió un mes después del referido auto, esto es, el 15 de noviembre de 2017, folio 35 y 3 meses después, se envió el aviso de notificación, esto es, el 18 de febrero de 2018, según folios 39 a 41 del plenario, y la aportó al proceso 15 días después, 13 de marzo de 2018, y el despacho ordenó el emplazamiento en el mes de julio de 2018, fecha para la cual ya se había superado el término de 1 año previsto por el artículo 94 del código general del proceso, sin que se hubiese notificado el auto admisorio de la demanda, ni directamente ni a través de un curador ad litem.

APELACION

DEMANDANTE

Me permito presentar mi recurso de apelación en los siguientes términos: Teniendo en cuenta las consideraciones del despacho, voy a hacer una breve síntesis de las fechas. En primero, tenemos que se tuvo como un vínculo laboral desde el 1 de febrero de 1998, que se logró probar con la carta de terminación del contrato y tenemos también que dicho vínculo terminó por la intervención de la fundación universitaria san Martín, solicito respetuosamente también a los señores magistrados revocar el fallo en primera instancia, teniendo en cuenta que la prescripción no estaba llamada a prosperar, considerando que la parte demandante presentó el escrito de demanda dentro de los términos establecidos del artículo 488 del código sustantivo del trabajo, el cual indica que el término de prescripción es de 3 años, por otro lado, la parte actora notificó el auto admisorio de la demanda de fecha 19 de abril de 2017 dentro del término establecido en el artículo 94 del código general, teniendo en cuenta los siguientes: 1. La notificación personal, conforme el artículo 291 del código general del proceso fue efectiva el día 15 de noviembre de 2016, lo cual se le puede corroborar con la certificación que emitió la empresa de correos lt express la cual reposa dentro del expediente a folio 35 al 37 en donde se evidencia que la entidad si funciona en esta dirección; acto seguido la parte demandante remitió notificación por aviso de que trata el artículo 292 del código general, lo cual arrojó el mismo resultado, que la notificación personal, esta notificación fue realizada el 28 de febrero de 2018, la cual se puede verificar dentro del expediente a folio 40 y 41, conforme al artículo 292 del código general el cual recita lo siguiente “cuando no se puede hacer la notificación personal del auto admisorio de la demanda o el de mandamiento ejecutivo al demandado o del auto que ordena citar a un tercero o la de cualquiera otra providencia que se deba realizar personalmente será por medio de aviso, que deberá expresar la fecha y la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente de la entrega del aviso al lugar del destino, teniendo en cuenta que se envió una notificación 292 y esta fue efectiva y se entendió surtida el día siguiente del recibo, entonces esta se entendió recibida el 28 de febrero de 2018, es decir que el día 29 de febrero de 2018 se entendió surtida la notificación a la parte demandada, en conclusión se puede determinar que la parte actora notificó dentro del término establecido en el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

artículo 94 del código general la providencia de fecha 19 de abril de 2017 fue notificada personal y por aviso dentro del término de 1 año a partir del estado de la providencia que fue el 20 de abril de 2017, de la misma manera se puede evidenciar que el despacho mediante providencia de fecha 23 de julio de 2018, notificada por el 24 de julio del mismo año, señala que los citatorios fueron entregados en debida forma y que conforme al artículo 29 del código sustantivo del trabajo y el 293 del código general, aplicable por remisión expresa del artículo 142 del código de trabajo y sustantivo, ordena emplazar a la demandada, lo cual se cumplió a cabalidad, se puede demostrar que en un acto de mala fe la entidad llamada a juicio, aun siendo notificada personalmente y por aviso, no compareció dentro del término establecido ante el despacho, esperando así se ordenara el emplazamiento conforme lo preceptuó la ley, esto con el fin de dilatar las actuaciones judiciales y así designar a un auxiliar de justicia para su representación, no obstante, compareció la entidad demanda y contestó la demanda. Teniendo en cuenta los siguientes presupuestos, solicito respetuosamente a los señores magistrados, conforme lo anteriormente expuesto, revocar la sentencia del ad quo, toda vez que se cumplieron a cabalidad las actuaciones procesales tendientes a garantizar el debido proceso y en el derecho fundamental a la defensa de la parte demandada, considerando que el despacho en un acto acogido por la ley ordeno el emplazamiento de la fundación san Martín, aun ya estando notificada en debida forma, y esto se realizó con el fin de no transgredir el debido proceso.

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, punto de inconformidad a saber: **i)** Determinar si la demanda tuvo la virtud de interrumpir el término prescriptivo. **ii)** en caso afirmativo, analizar si entre las partes existió un contrato de trabajo y si hay lugar al pago de las condenas solicitadas en la demanda.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, se tiene que no existió discusión frente a que entre el demandante y la demandada se celebró un **contrato que terminó el 19 de enero de 2015**, así lo expuso la juez a quo y no fue objeto de inconformidad por ninguna de las partes.

La inconformidad del apelante radica en que no debió declararse la excepción de prescripción conforme a lo establecido en el art. 94 del C.G.P.

Para resolver lo anterior se tiene que el art. 488 del C.S.T. señala:

“PRESCRIPCION DE ACCIONES.

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN

A su vez el art. 489 de la misma disposición normativa precisó:

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION.

El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”

En igual sentido, el Art. 94 del C.G.P. contempla lo siguiente:

“Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.

La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación. La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido. Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos. El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez.”

Norma esta que no es de aplicación automática como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral como por ejemplo en sentencia 38010 del 2 de julio de 2014 y más reciente en la sentencia 56998 del 15 de marzo de 2017, esta última en la que reitera la sentencia de radicado 10166 del 18 de febrero de 1998, al indicar:

«...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente, por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...»

Pues bien, en este asunto tal y como se observa a folio 28 del plenario, **la demanda fue** radicada el 19 de diciembre de 2016 (fl.28) y **admitida el 19 de abril de 2017** (fl.29), por tanto, **el demandante tenía hasta el 19 de abril de 2018 para notificar dicho auto**, con el fin de que con la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

presentación de la demanda se interrumpiera el término prescriptivo, sin embargo, tal situación **no ocurrió en este asunto por lo siguiente:**

- La demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2016 (fl.28)
- Se admitió el 19 de abril de 2017 (fl.29)
- El demandante indicó una nueva dirección de notificación de la demandada el 23 de junio de 2017 (fl.31)
- El demandante solicita impulso procesal el 8 de septiembre de 2017 (fl.32)
- El Juzgado ordenó la notificación a la nueva dirección por auto del 17 de octubre de 2017 (fl.29)
- El apoderado del demandante envió citatorio de notificación el 15 de noviembre de 2017 (fl.35).
- El actor envía el aviso el 28 de febrero de 2018 y lo aporta al Juzgado el 13 de marzo de ese mismo año, aviso en donde consta que la persona a notificar si funciona en esa dirección (fl.38 y 39)
- Debido a que no se logró la notificación personal, el Juzgado emplazó al demandado y le nombro curador ad litem el 23 de julio de 2018 (fl.44)
- Los curadores nombrados solicitaron relevo del cargo el 3 y 14 de agosto de 2018 (fls.48 y 57)
- El 30 de agosto de 2018 la demandada compareció al Juzgado a notificarse personalmente del auto admisorio de la demanda (fl.71)

Como puede observarse y dando aplicación a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, encuentra la Sala que **la notificación del auto admisorio de la demanda se hizo pasado un año**



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN*

de admitida la acción, pero esta circunstancia resulta atribuible tanto al Juzgado como a la demandada.

Contrario a lo señalado por la juez de primera instancia, la parte actora como bien lo indica en sus alegaciones, fue diligente frente a las gestiones que le correspondían, esto es, propender por notificar a la demandada.

Es que luego de admitida la acción y de haberse informado la nueva dirección para notificar, el apoderado de la parte actora debió solicitar impulso procesal pues habían transcurrido más de cuatro meses en donde el Juzgado no hacía pronunciamiento alguno; después, cumple a cabalidad con enviar el citatorio y también el aviso a la Fundación San Martín y pese a haberlo recibido la entidad, pues **además de imponer su sello** en el aviso, el correo certifica que **la demandada sí labora en tal dirección**, no compareció al Juzgado a notificarse como debió hacerlo y no hasta el 30 de agosto de 2018, cuando efectivamente ya había transcurrido más de un año después de notificado el auto admisorio, que fue cuando sí se notificó personalmente de la demanda a sabiendas que la misma ya existía.

Aunado a lo anterior, obsérvese como cuando el apoderado del demandante allega en marzo de 2018 el aviso y transcurrido el tiempo sin que la San Martín compareciera a notificarse, tan sólo hasta julio de ese mismo año el Juzgado ordena el emplazamiento de la accionada, con el inconveniente que los curadores nombrados solicitaron relevo del cargo pues tenían bastantes procesos que debían atender.

Circunstancias que no pueden afectar en manera alguna los derechos reclamados por el accionante, quien de manera oportuna presentó la acción judicial dentro de los tres años siguientes a la fecha de finalización del vínculo laboral, e intentó de manera juiciosa notificar a la demandada en este asunto.

Por lo anterior, se revocará la decisión de la juez de primera instancia y por tanto se pasará a analizar las pretensiones de la demanda.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN

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 demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación personal del servicio, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, **la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

Dentro de éste 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 civil o de prestación de servicios, **le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del 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 virtud de ello, no se debe creer que quien se presenta a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata la norma en comento.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

Esta presunción, como las de su estirpe, **parten de la base de un hecho cierto o indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado; este hecho es la relación de trabajo personal, traducida en el servicio personal**, dependiente y remunerado, siendo en principio, carga probatoria del demandante acreditar el primer requisito para que opere en su favor la presunción del contrato de trabajo, y traslade la intención probatoria al empleador con el fin de acreditar que el vínculo fue de otra naturaleza menos laboral, sin olvidar, precisamente, que en virtud de tal presunción el litigio no se encuentra resuelto a favor del trabajador, pues es el material de prueba que obre en el juicio el que tendrá la capacidad para demostrar una y otra tesis encontrada.

Pues bien, al revisar el material probatorio aportado al proceso, encuentra la Sala que **el demandante acreditó la prestación personal del servicio**; ello por cuanto conforme a las **declaraciones rendidas por los señores Jorge Armando Moreno Clavijo**, trabajador como escolta del Departamento de Seguridad de la Universidad, **Hernán Moreno** trabajador en la recepción y luego como asistente del demandante **y el señor Oscar Vásquez Ayala**, coincidieron en señalar que conocieron al demandante trabajando en las instalaciones de la Universidad como decano de la misma en su modalidad a distancia, que siempre lo vieron cumpliendo un horario, usando los implementos que la demandada le daba para trabajar, en las oficinas de la misma y rindiendo informes a aquella.

Aunado a los testimonios, dentro del plenario reposan sendas documentales que dan cuenta que el señor Héctor López prestó un servicio a la Universidad San Martín, así se desprende de las certificaciones que militan a folios 14 a 23, 88, 89 y 102 del plenario; en ellas consta, y contrario a lo afirmado por la demandada en la contestación en donde señala que la vinculación se dio a través de un contrato de prestación de servicios, que **el demandante fue vinculado a la Fundación por medio de un contrato a término indefinido desde el 1 de febrero de 1988 hasta el 19 de enero de 2015, para desempeñar el cargo de Decano de la Facultad Abierta y a Distancia, devengando como último salario la suma de \$5.400.000** tal y como se desprende de la documental de folio 88 del plenario.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

Así las cosas, del caudal probatorio bajo análisis se desprende que la relación laboral se rigió en el plano real por las características propias de un vínculo de índole netamente laboral, en el que se reunieron los elementos constitutivos de todo contrato de trabajo, esto es, la actividad personal del señor López López, bajo la continuada dependencia y subordinación del empleador quien impartía precisas órdenes para su ejecución y el pago de una retribución como contraprestación según se desprende del acervo probatorio analizado en precedencia; de tal manera que confluyen los requisitos que determinan su ocurrencia conforme la exigencia legal para la declaración que tiene lugar en esta oportunidad, sin que se vislumbre autonomía e independencia del demandante, como característica esencial del contrato de prestación de servicios alegado en la contestación de la demanda, entendida como condición de discrecionalidad en el ejercicio de la labor para el alcance y desarrollo del objeto del contrato, y que por esa especial condición, impide confundirlo con un contrato de trabajo.

Corolario de ello se analizarán las condenas solicitadas en la demanda, no sin antes estudiar lo relacionado con la **excepción de prescripción** presentada oportunamente por la demandada; entonces, como quiera que **el contrato finalizó el 19 de enero de 2015 y la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2016** (fl.28), los salarios y prestaciones sociales, a excepción de las cesantías y los aportes pensionales, **se encuentran prescritos los que no fueron reclamados con anterioridad al 19 de enero de 2012.**

Salarios

De entrada, se dirá que como la relación laboral declarada con esta sentencia culmina en enero de 2015, los salarios reclamados por el año 2016 no están llamados a prosperar.

Frente a los de agosto a diciembre de 2014 y todo el año 2015, como quiera que la demandada no demostró haberlos cancelado se condenará a su pago y para su liquidación se tendrá en cuenta que para enero de 2015, como ya se dijo, el señor Héctor López devengó un salario de \$5.400.000, igual suma



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN

para el 2014 como se observa de documental visible a folio 88 del plenario allegada por la demandada.

Así las cosas y una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso, se tiene que se condena a la demandada al pago de salarios así:

-Agosto a diciembre de 2014: \$27.000.000

-1 a 19 enero 2015: \$3.420.000

Total salarios adeudados: \$30.420.000

Cesantías: Sobre el particular, la demandada tampoco demostró haber efectuado el pago del auxilio de cesantías previsto en el artículo 249 del CST, por toda la vigencia de la relación laboral; de tal manera en tanto esta prestación no prescribe habrá lugar a condenar a la demanda al pago del auxilio bajo estudio, teniendo como asignación salarial del actor para los años de 1988 a 1996 el SMLV, al igual que para la anualidad de 1999, como quiera que para tales vigencias no se demostró la asignación salarial devengada por el actor, para el año de 1998, la suma de \$864.000 como se observa a folio 15 y 16 del plenario, en los que se determina que el actor quincenalmente devengaba \$432.000, para las anualidades del 2000 a 2015, se tendrá como tal, las asignaciones señaladas por la demandada en documental visible a folio 80 del plenario.

Así las cosas, se condenará a la demandada a pagar por concepto de auxilio de cesantías, la suma de **\$78.367.722**, conforme la siguiente liquidación:

AÑO	DÍAS LABORADOS	SALARIO	CESANTÍA
1988	330	\$25.637	\$23.501
1989	360	\$32.556	\$32.556
1990	360	\$41.025	\$41.025
1991	360	\$51.716	\$51.716
1992	360	\$65.190	\$65.190
1993	360	\$81.510	\$81.510
1994	360	\$98.700	\$98.700
1995	360	\$118.934	\$118.934
1996	360	\$142.125	\$142.125



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN

1997	360	\$172.005	\$172.005
1998	360	\$864.000	\$864.000
1999	360	\$236.460	\$236.460
2000	360	\$3.100.000	\$3.100.000
2001	360	\$3.255.000	\$3.255.000
2002	360	\$5.000.000	\$5.000.000
2003	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2004	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2005	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2006	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2007	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2008	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2009	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2010	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2011	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2012	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2013	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2014	360	\$5.400.000	\$5.400.000
2015	19	\$5.400.000	\$285.000
TOTAL CESANTÍAS			\$78.367.722

Intereses a las cesantías: Como que tampoco se probó su pago a favor del trabajador por parte de la demandada y a favor del trabajador, se condenará a la pasiva al pago de **\$7.786.821**, por este concepto, conforme la siguiente liquidación:

INTERÉS A LA CESANTÍA			
AÑO	VALOR CESANTÍA	DÍAS LABORADOS	INTERÉS
19/01/2012	\$5.400.000	309	\$2.336.040
2013	\$5.400.000	360	\$2.721.600
2014	\$5.400.000	360	\$2.721.600
2015	\$285.000	19	\$7.581
TOTAL INTERÉS CESANTÍA			\$7.786.821

Prima de servicios: Sobre este rubro, tampoco fue demostrado pago alguno por parte del trabajador, por lo que se condenará a la demandada al pago de **\$15.720.000**, por tal concepto conforme la siguiente liquidación:

PRIMA DE SERVICIOS			
AÑO	SALARIO	DÍAS LABORADOS	VALOR PRIMA
19/01/2012	\$5.400.000	309	\$4.635.000



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

2013	\$5.400.000	360	\$5.400.000
2014	\$5.400.000	360	\$5.400.000
2015	\$5.400.000	19	\$285.000
TOTAL PRIMA SERVICIOS			\$15.720.000

Indemnización por despido sin justa causa

Peticiona la parte demandante el pago de esta indemnización indicado en el hecho 15 de demanda que se configuraba un despido indirecto atendiendo a que la Fundación demandada para la fecha en que terminó la relación laboral, había incumplido el pago de 12 meses de salario; sobre el particular, se observa que no se configuran los presupuestos del despido indirecto alegado, como quiera que conforme a lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4691 de 2018, M.P. Gerardo Botero, deben ser probadas por quien las alega, en este caso el trabajador, siendo ineludible que en la comunicación en la que decide manifestar su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, señale las causas que lo llevaron a tomar dicha decisión; no obstante, dicho presupuesto no se configura en esta oportunidad, pues no obra comunicación alguna elevada por el actor en la que señale los incumplimientos en las obligaciones laborales que alega como fundamento de esta pretensión; siendo que fue la demandada la que dio por terminado el contrato como se observa a folio 102 del plenario; razón por la cual, se absolverá de la misma.

Indemnizaciones artículo 65 CST y artículo 99 Ley 50 de 1990

Es así como la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que la indemnización por no consignación de sentencias a un fondo, al igual que la prevista en el artículo 65 del CST, están sujetas al estudio del actuar del empleador moroso, así lo señaló en sentencia SL 3858 de 2020, por lo que el despacho analizará si la conducta omisiva de la demandada en la consignación de las cesantías del año 2017 y pago de salarios y prestaciones, estuvo revestida de mala fe, esto es, que si de manera caprichosa se quiso sustraer de las obligaciones por ley conferidas en su calidad de empleador, en aras de determinar la procedencia de las indemnizaciones peticionadas.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

Sobre el actuar de mala fe del empleador, ha señalado igualmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, sólo es procedente condenar a la indemnización moratoria cuando se acrediten dos elementos: la falta de pago de en este caso, aportes al sistema de seguridad social y tal omisión persista tras su mala fe o reticencia en pagar esas obligaciones laborales al ex trabajador, criterio que fue reiterado por dicha Corporación en sentencia SL 2805 de 2020, M.P. Jorge Luis Quiroz.

En el presente caso, quedó plenamente determinado que la demandada a la finalización del contrato de trabajo, no pagó al trabajador salarios y prestaciones como tampoco efectuó consignación del auxilio de cesantías a favor del trabajador.

No obstante lo anterior, la suscrita en casos como en el presente, venía sosteniendo que la demandada en caso de demostrarse su actuar de mala fe, debía cancelar las indemnizaciones bajo estudio hasta la fecha en que efectuara el pago de lo adeudado al trabajador; considerando en esta oportunidad procedente **recoger el criterio en mención**, para en su lugar señalar que dichas indemnizaciones, en caso de estar demostrado el actuar de mala fe del empleador, deben estudiarse conforme el hecho notorio de que la demandada fue objeto de intervención por parte del Ministerio de Educación como se establece de resoluciones No. 841 del 19 de enero 2015 y 1702 del 10 de febrero 2015, en esta última, dicho Ministerio le ordenó suspender pagos y en el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencias radicaciones No. 24107 y 45523, señaló que la limitación a la libre movilidad de recursos de empresas intervenidas constituía una justificación para aplazar los insolutos.

Así las cosas no habiendo sido objeto de reparo que la relación laboral que unió al actor con la demandada, culminó el 19 de enero de 2015 y 4 días después, esta última fue objeto de intervención, se **absolverá** del pago de las indemnizaciones bajo estudio ante la imposibilidad de reconocer a la finalización de la relación laboral lo adeudado al trabajador como consecuencia de su intervención, para en su lugar ordenar el pago de las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN

sumas objeto de condena indexadas al momento en que se efectúe con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En cuanto al **pago de aportes en salud**, ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la improcedencia del pago de estos directamente al trabajador, pues sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que tal pago procede, también ha indicado que cuando se está frente al hecho de que el empleador no hubiera afiliado al trabajador por dichas contingencias de salud, se debe reconocer la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, sufrimiento de perjuicios que no se acreditó en esta oportunidad como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante para cubrir contingencias derivadas del sistema de salud, se absolverá de esta pretensión.

Aportes pensionales

Sobre este punto, amplio ha sido el desarrollo jurisprudencial en el sentido de indicar que el pago de aportes al sistema de seguridad social integral, es imprescriptible, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de mayo de 2012 radicado 35554 en la que reitera la del 6 de mayo de 2010 radicación 35083:

“Según ese criterio, mientras no se cumplan los requisitos para configurar el derecho pensional obviamente no es exigible y, por lo tanto, no puede comenzar a correr el término prescriptivo; y las cotizaciones son un elemento constitutivo del derecho a la pensión, que mientras no se paguen en la densidad exigida en la ley, impiden la causación del derecho, de tal suerte que, en materia de prescripción, le deben ser aplicadas las mismas reglas, pues carece de todo sentido que el derecho en sí mismo considerado no se vea afectado por el fenómeno de la prescripción, pero que ello no ocurra respecto de los elementos que lo conforman, que, en verdad, le son inherentes.”

(...)

“Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluayan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sometidas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

serían exigibles, tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso”.

En este sentido al poseer los aportes pensionales el carácter de imprescriptible, al igual que el derecho pensional en sí mismo, se condenará a la demandada a efectuar el pago de los mismos por toda la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 1 de febrero de 1988 al 19 de enero de 2015, para lo cual deberá solicitar previamente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la elaboración del cálculo actuarial por los periodos en que desafilió al actor, reajustando igualmente los aportes que realizó a favor de este, teniendo en cuenta las bases salariales aquí determinadas. Lo anterior como quiera que a folio 94 obra documental contentiva de historia laboral expedida por la administradora pensional en mención, de la que se establece que la Fundación demandada reportó en vigencia de la relación laboral varias novedades de retiro, de igual forma en los periodos en que realizó los aportes figuran por salarios menores a los indicados en este pronunciamiento.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandada.

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: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de una relación laboral entre el demandante Héctor López López y la Fundación Universitaria San Martín entre el 1 de febrero de 1988 al 19 de enero de 2015, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Fundación Universitaria San Martín a pagar al señor Héctor López López, las siguientes sumas de dinero junto con indexación hasta la fecha en que efectúe dicho pago:

- a) La suma de \$30.420.000, por concepto de salarios



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27-2017-008-01 Dte: HECTOR LOPEZ LOPEZ Ddo.: FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

- b) La suma de \$78.367.722, por concepto de cesantías
- c) La suma de \$7.786.821, por concepto interés a la cesantía
- d) La suma de \$15.720.000, por concepto de prima de servicios

TERCERO: CONDENAR a la Fundación Universitaria San Martín a efectuar el pago de aportes pensionales entre el 1 de febrero de 1988 al 19 de enero de 2015, para lo cual deberá solicitar previamente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la elaboración del cálculo actuarial por los periodos en que desafilió al actor, reajustando igualmente los aportes que realizó a favor de este, conforme las bases salariales aquí determinadas.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

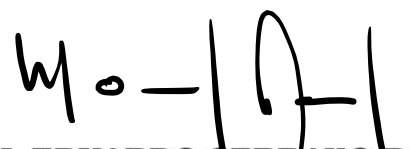
QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de demandada.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera, correrán a cargo de la parte demandada.

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. 28-2017-115-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ YANET RIVERA LOMBANA

DEMANDADO: TRANSPORTES DE CRUDO DEL LLANO S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiséis (26) días del mes de marzo 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 del grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de enero de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LUZ YANETH RIVERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre ella y la sociedad demandada, existió un contrato laboral a término indefinido y que terminó por causa imputable al empleador; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a esta última al pago de cesantías, interés a la cesantía, vacaciones, indemnización por



despido sin justa causa, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 CST, cotizaciones con destino al sistema de seguridad social integral, causados durante la vigencia de la relación laboral. (fl.4 y 5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró al servicio de la demandada a través de contrato verbal entre el 28 de enero de 2013 y el 10 de noviembre de 2015; que la relación finalizó por decisión unilateral y sin justa causa de su empleador; que al momento de la terminación devengaba el smlmv; que fue contratada para desempeñarse como empleada de servicios generales, que su empleador nunca pagó las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social desde octubre de 2015, anualidad para la cual la demandada dejó de cotizar para el sistema integral de seguridad social, que durante la vigencia de la relación laboral, tampoco le fueron suministradas dotaciones ni se le practicó el examen médico de retiro. (fls. 2 a 4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada, se opuso a las pretensiones salvo respecto de la encaminada a declarar un contrato de trabajo que finalizó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Aceptó los hechos No. 2 a 7, 9 y 13 relativos a la existencia del contrato verbal de trabajo y el modo de su terminación del mismo. Indicó que la accionante se negó a recibir la carta de terminación de su contrato y la orden para realizar el examen médico de egreso, por lo cual canceló sus acreencias laborales mediante título judicial. Propuso las excepciones de mérito que denominó pago total y cumplimiento de la obligación de aportar. (fl. 41).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 28 de enero de 2013 y el 9 de noviembre de 2015; absolvió a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte actora. (fl. 98)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho observa de la contestación de la demanda y de los demás documentos allegados por las partes, que no es objeto de controversia la existencia de una relación laboral regida mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el cual tuvo como extremo inicial el día 28 de enero de 2013, para el cual la actora desarrollaba labores de servicios generales y devengaba como salario la suma de \$644.370, por cuanto estos hechos fueron aceptados por la demandada en su escrito de contestación y se verifican con la documental visible a folio 24 del plenario, esto es, la certificación laboral de fecha 7 de noviembre de 2015, la cual fue expedida por la empresa demandada. Ahora, en cuanto al extremo final de la relación laboral, manifiesta la parte actora que estuvo vigente hasta el 10 de noviembre de 2015, hecho que no fue aceptado por la demandada, señalando que la relación contractual finalizó el 9 de noviembre de esa misma anualidad, tal y como lo indicaron la certificación laboral aportada por la parte actora junto con la presentación de su demanda. Así las cosas, procede el despacho a revisar las demás pruebas recaudadas en el presente proceso, advirtiendo en primer lugar que ante la inasistencia injustificada de la demandante, señora Luz Janeth Rivera Lombana a la audiencia de conciliación se dio aplicación a las consecuencias procesales de que trata el artículo 77 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social, esto es, presumiendo como ciertos los hechos contenidos en las excepciones de mérito formuladas por la demandada, esto es: “pago total de las obligaciones de la demandada y cumplimiento de la obligación de aportar. Igualmente se dio aplicación a lo señalado en el artículo 205 del código general del proceso, aplicable por analogía al procedimiento laboral, en virtud de lo normado en el artículo 145 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social, debido a la inasistencia de la demandante a absolver interrogatorio de parte. En cuanto a los fundamentos facticos señalados en las excepciones de mérito, la demandada manifestó que la vinculación laboral con la demandante finalizó el 9 de noviembre de 2015, por lo que al haberse presumido como cierto dicho hecho y el cual se encuentra probado en el expediente, conforme a la documental que reposa a folio 29, esto de la carta de terminación del contrato, se tendrá como extremo final de la relación laboral el señalado por la parte demandada, esto es, el día 9 de noviembre de 2015.

Ahora, en cuanto a la terminación del contrato de trabajo, manifiesta la demandante que el contrato terminó por causa imputable al empleador, sin que se hubiese tenido en cuenta su estado de salud, y como consecuencia de ello se solicita se condene a la demandada a reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 74 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social. Por su parte, la demandada acepta el hecho del despido, aclarando que ya le fue cancelada la correspondiente indemnización, conforme lo anterior, y como ya se indicó no fue objeto de controversia el hecho de que fue la demandada la que tomó la decisión de dar por terminada la relación contractual tal y como se verifica la carta de terminación del contrato visible a folio 48 del expediente, en el cual, le comunican a la actora la decisión de dar por terminado el vínculo por motivos de reorganización administrativa, reconociendo en dicho momento la correspondiente indemnización. Ahora, en relación con lo anterior, se encuentra el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 28 de la ley 789 de 2008, el cual señala: “en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada por parte del empleador o si este da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan.” Conforme a esta disposición, se tiene que el legislador facultó al empleador para dar



por terminado el contrato de trabajo en cualquier momento sin que sea necesario agotar algún procedimiento y solamente este debe cancelar al trabajador la correspondiente indemnización cuando no exista una justa causa para el despido, no obstante, dicho poder no es absoluto, como quiera que se encuentra limitado por los derechos constitucionales, tal como lo dispone el artículo 53 de la constitución nacional, protegiendo de esta manera a los trabajadores que gozan de estabilidad laboral reforzada, como por ejemplo en casos de fuero sindical, fuero circunstancial, fuero de maternidad, de disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales y el denominado reten social.

Frente a este tema ha señalado la jurisprudencia de la honorable corte suprema de justicia, sala de casación laboral, como en sentencia del 9 de agosto de 2018, radicación 70342, en donde sostuvo: “es decir, al contrario de lo que aduce la censura, la estabilidad en el empleo no implica un criterio de indisolubilidad del vínculo laboral, sino de continuidad del mismo si se cumplen las condiciones para ello. Dicho de otro modo, esta figura tiene que ver con la expectativa cierta de que tiene un empleado de conservar su puesto de trabajo mientras subsistan las circunstancias que le dieron origen y cumpla con las obligaciones, empero, tal garantía tampoco es absoluta ni implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo, sentencia C 1341 de 2000, en la medida en que ello atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de una de las partes o de ambas para poner fin al vínculo contractual. Más adelante dicha corporación también sostuvo: en este contexto no debe olvidarse que el despido corresponde a una decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo por parte del empleador que se dirige por las causales determinadas en las disposiciones jurídicas laborales que tienen por finalidad garantizar su legalidad, así como para algunas formalidades que regulan su proceso como tal, es decir, aquellas que mediatizan la decisión y protegen al trabajador contra posibles usos arbitrarios del poder empresarial y que configuran el denominado debido proceso. Con otras palabras, las consecuencias o efectos jurídicos del despido ilegal o arbitrario no son las mismas que las del despido legal sin justa causa como equivocadamente lo equipara la recurrente, toda vez que en el primero hay una vulneración de la legalidad del despido o en su forma de realizarlo, mientras que en el segundo, se reitera, es una potestad que tiene el empleador conforme a la regulación laboral, en conclusión, en el proceso no se acredita que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de la actora hubiese sido legal, ilegal o arbitrario, debido a que su actuar se encuentra dentro de los márgenes autorizados por la legislación, tampoco la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada.” Descendiendo al caso de autos, se encuentra que si bien la demandante en el hecho 14 de la demanda señaló que al momento del despido el empleador no tuvo en cuenta su estado de salud, de la prueba documental allegada al proceso visible a folio 63 y 64, estos son, las recomendaciones producto del examen médico periódico y la notificación de calificación de origen en primera oportunidad del evento de salud de fecha 2 de noviembre de 2015, no se prueba que la demandante al momento de despido se encontrara en condición de estabilidad laboral reforzada, esto es, primero que tuviera una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, segundo que se le hubiese comunicado al empleador dicha discapacidad, y tercero que la relación laboral hubiese terminado con ocasión de esta.

Frente a este punto es pertinente señalar también lo adocetrinado por la honorable corte suprema de justicia, sala de casación laboral, en sentencias sl2786 del 2018, sl10538 del 2016, sl17945 del 2017, sl24079 de 2017 y sl51140 del 2018, en esta última se señaló: “no es suficiente por si solo el quebranto de salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica, sensorial o sensorial y con carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%. De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización instituida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, se requiere: 1. Que se encuentre en una de las siguientes hipótesis A. con una limitación moderada que corresponde a la pérdida de capacidad laboral entre el 15 y el 25%; B. severa, mayor del 25% pero inferior al 50% de la pérdida de capacidad laboral o C. profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50%; 2. Que el empleador conozca de dicho estado de salud y 3. Que



termine la relación laboral por razón de su limitación física y sin previa autorización del ministerio de la protección social.” Así las cosas, comoquiera que en el presente caso no se encuentra enmarcado dentro de las hipótesis anteriores, el despacho encuentra que el despido efectuado a la demandante se encuentra dentro de los márgenes autorizados por la legislación, ya que si bien en dicho momento se encontraba bajo recomendaciones médicas según la documental visible a folio 53, dicha circunstancia no permite inferir a esta juzgadora que la demandante gozara de alguna protección especial, aunado lo anterior, se encuentra que la demandada al momento de la terminación del vínculo laboral, cancelo la correspondiente indemnización por despido injusto, tal y como consta de la liquidación de prestaciones sociales, visible a folio 49 del expediente y el título de depósito judicial visible a folio 52 del plenario.

Ahora, en cuanto al pago de las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, solicita la parte actora el reconocimiento y pago de tales conceptos durante el término de la relación laboral. Por su parte la demandada se opone a la prosperidad de dichas pretensiones, argumentando que, de acuerdo a la liquidación final de prestaciones sociales, la cual fue consignada a órdenes del juez laboral, por cuanto la trabajadora se negó a firmar, mediante esta le fueron canceladas todas y cada una de sus acreencias laborales. Así las cosas procede el despacho a revisar la documental allegada al plenario, siendo establecer que en efecto la demandada canceló todas y cada una de las acreencias laborales que se demandan. Así las cosas, se encuentra a folio 29 que obra la liquidación final de prestaciones sociales en favor de la demandante, por valor de \$3.041.927, la cual fue consignada a órdenes del juez del trabajo el día 17 de noviembre de 2015 con la respectiva autorización de pago correspondiéndole por reparto al juzgado 19 laboral del circuito de esta ciudad, folio 51 y 53. Así mismo, a folio 55 obra escrito firmado por la demandada y dirigido a la afp Colfondos pensiones y cesantías en la cual se autorizó el retiro total de las cesantías de la señora Luz Janeth Rivera Lombana. Finalmente, a folio 57 obra documento contentivo del pago realizado a la demandante por concepto de vacaciones para el año 2013. Conforme a las pruebas señaladas se tiene que la demandada acreditó el pago correspondiente a las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones al término de la relación laboral, esto es, mediante el título de depósito judicial, el cual se le notificó a la demandante en los términos de la comunicación visible a folios 56 del expediente. De conformidad con lo anterior, también habrá de absolverse a las demandadas de estas pretensiones. En cuanto a las dotaciones, la demandante pretende se condene a la demandada al pago de las dotaciones dejadas de suministrar. Respecto de esta pretensión la sala de casación laboral de la honorable corte suprema de justicia, en sentencia 5107 del 21 de noviembre de 2018 sostuvo: “debe sumarse a lo anterior, que conforme a lo dicho por esta sala, no hay lugar a ordenar el pago de la compensación en dinero de las dotaciones, en razón a que las mismas tienen como objetivo que sean utilizadas en vigencia del contrato.

Tampoco se equivocó la cláusula extralegal con base en la cual se hubiera podido disponer su indemnización monetaria, para lo cual era necesario aportar los elementos de juicio que demostraran los perjuicios sufridos por las actoras como consecuencia del incumplimiento de la obligación.” De conformidad con la anterior jurisprudencia, no es procedente que el juez deba ordenar su pago en dinero o la entrega en especie, luego la forma correcta de pedirlo, según la honorable corte, por parte de la actora, es a través de la institución de la indemnización de perjuicios compensatorios, es decir, cuantificar los perjuicios generados a partir del incumplimiento patronal referido, demostrar que los sufragó, esto es, vestido y calzado de labor y aportar las facturas correspondientes para que el juez ordene el pago de estas sumas de dinero con la indexación de ley. Teniendo en cuenta lo anterior y no habiéndose demostrado tales perjuicios en la forma indicada, también se absolverá a la demandada de esta pretensión.

Aportes a seguridad social. Frente al pago de los aportes al sistema general de pensiones, salud y riesgos laborales, se absolverá también a la demandada de dichas pretensiones comoquiera que obra constancia de su consignación en favor de la demandante para los años 2013, 2014 y 2015, tal y como se evidencia a folios 67 a 75 del plenario. Finalmente, en cuanto a la indemnización moratoria que trata el



artículo 65 del código de procedimiento laboral y de la seguridad, modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002, el cual señala: “Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si transcurridos 24 meses contados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo.” Conforme a la norma antes citada, también habrá de absolverse a las demandadas en razón a que la misma fue diseñada para aquellos eventos en que al término de la relación laboral el ex empleador no pague los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador, no siendo este el caso, ya que la demandada consignó a través de título de depósito judicial en forma oportuna las prestaciones sociales de la actora, según la cuenta del despacho, de la documental visible a folio 51 y 54, sin existir restricción alguna de su pago y la correspondiente comunicación visible a folio 56 del expediente, en la que se le informa a la actora dicha consignación. Excepciones. El despacho declarará probadas las excepciones formuladas por la demandada, las que denominó pago total de las pretensiones y cumplimiento de la obligación de aportar.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante teniendo en cuenta que en el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos; que entre las partes existió contrato verbal de trabajo, celebrado desde el 28 de enero de 2013, en virtud del cual, la actora ocupó el cargo de *servicios generales* (fl. 54); tampoco ofreció reparo que la pasiva comunicó a la demandante su despido el 9 de noviembre de 2015 y que el salario que devengó, fue el equivalente a 1 smlv (fls. 48 y s.s.).

Peticiona en primer lugar la demandante el pago de las prestaciones sociales una vez finalizada la relación laboral; a este respecto y como bien lo indicó la juzgadora de primer grado, la parte demandada acreditó en el trámite procesal que efectuó dicho pago a favor de la demandante como se observa de documental contentiva de depósito judicial visible a folio 52 del plenario por valor de \$3.041.927, suma que coincide con la liquidación de prestaciones sociales expedida por la pasiva y que obra a folio 49 del plenario, de la que igualmente se desprende que la sociedad demandada para su elaboración tuvo en cuenta los extremos temporales aquí probados, así como la asignación salarial devengada por la demandante, razón por la cual las pretensiones encaminadas al pago de prestaciones y al pago de indemnización por despido sin justa causa que



allí se encuentra reconocida, no salen avantes como lo señaló la decisión objeto de consulta.

Ocurre lo propio respecto de los aportes al sistema de seguridad social que indica la demandante, no efectuó la demandada a su favor; pues a folio 66 a 75, la demandada allegó planillas de pagos efectuados a las diferentes entidades que conforman el sistema de seguridad social y a favor de la demandante durante la vigencia de la relación laboral.

De igual forma y en cuanto al pago de las dotaciones que se reclaman, de entrada se advierte la improcedencia de esta pretensión, por cuanto ha sido criterio reiterado criterio emitido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 2409 de 2019), que el objeto de esta prestación es su utilización por el trabajador en el ejercicio de las funciones para las cuales fue contratado, de tal manera una vez finalizado el vínculo laboral, no es viable su reconocimiento en especie ni en dinero, a menos de que se hubiera comprobado el sufrimiento de perjuicio alguno al trabajador, por el incumplimiento de esta obligación, lo que no ocurre en el presente, pues no se demostró el sufrimiento de perjuicio alguno de esta índole.

De otra parte, quedó acreditado que la demandante padecía de quebrantos de salud y contaba con restricciones de tal índole al momento en que la sociedad demandada dio por terminada la relación laboral que los unía, pues como se observa a folio 25, el 5 de mayo de 2015 le fue diagnosticada discopatía lumbar y hernia discal (fl. 25), por lo que en el examen médico laboral del 22 de junio de 2015; se emitieron restricciones laborales para *no levantar peso de más de 5 kg, alterar posturas, no realizar actividades de flexión de la columna* (fl. 22), circunstancia que conoció la empresa al punto que mediante documento del 18 de julio de 2015, le prohibió *barrer y trapear, lavar baños, descanecar y lavar escaleras*, para en su lugar ubicarla en labores de cafetería, archivo y mensajería (fl. 63).



De lo señalado en precedencia, se logra determinar que la estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997, no opera en esta oportunidad como quiera que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en reciente sentencia SL572 del 24 de febrero de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera que la garantía de estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, se activa siempre y cuando al momento del despido, el trabajador cuenta con la calificación formal de la PCL que le ocasiona su patología, al respecto señaló:

En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:

En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:

(...)

Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo 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.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en



el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se observa que en el presente no se allegó calificación de PCL expedida por la autoridad competente para el efecto, como tampoco que tal calificación estuviera en trámite; sobre este particular, indicó el pronunciamiento en cita que sino se cuenta con tal calificación, la patología debe ser de tal magnitud que impida al trabajador desarrollar su labor; presupuesto que tampoco concurre en el presente, pues no se probó que a la terminación laboral la demandante no estuviera prestando sus servicios por razón de su salud; contrario sensu, se encontraba en ejecución de las labores encomendadas, lo que determina que su patología, no era incapacitante.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1360 de 2018, ha señalado que la garantía foral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no opera cuando la terminación del vínculo laboral, tiene como consecuencia una razón **objetiva**, la que debe probar el empleador, razón por la cual, se analizará si el despido de la actora estuvo cimentado en su estado de salud y por ende fue discriminatorio o si por el contrario el empleador adujo y probó una causa distinta y atendible para finiquitar la relación laboral con la señora Luz Yaneth Rivera.

Sobre el particular y como se señaló, a folio 63 obra documental expedida por el empleador de la actora y contentiva de adopción de recomendaciones médicas que datan de junio de 2014 y 2015, mediante las cuales, cambia las funciones de la demandante, pues por su estado de salud, ya no podía desempeñar las encomendadas de personal de servicios generales; tal circunstancia lleva a concluir con claridad que si la voluntad de su empleador hubiera sido despedirla por las condiciones de salud que esta afrontaba, lo hubiera hecho desde el año 2014, anualidad para la cual, ya conocía respecto de los quebrantos de salud de esta; no obstante culminó su vinculación luego de transcurrido más de un año, estando probado que actuaba con observancia de las



limitaciones que padecía la actora previo a que se emitiera un diagnóstico oficial de su patología, el que como se indicó, data del 5 de mayo de 2015. (fl. 25).

Por lo analizado en precedencia, se concluye con claridad que la demandante al momento del despido, no era beneficiaria de la garantía foral prevista en la Ley 361 de 1997, razón suficiente para **confirmar** la decisión de primer grado.

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.

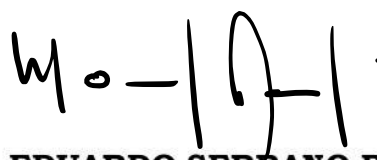
SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

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

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2017-115-01 Dte: LUZ YANETH RIVERA Ddo.: TRANSCRUDOLLANO S.A.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hugo Alexander Ríos Garay'.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado
(SALVA VOTO)