



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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2018-331-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JULIA CARMENZA BAYONA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. Aída del Pilar Mateus quien se identifica con C.C. 37.627.008 de Bogotá y TP 221.228 del C. S de la J; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

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 en grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 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 y las demandadas Colpensiones y Protección S.A.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-331-01 Dte: JULIA CARMENZA LOPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La señora JULIA CARMENZA LOPEZ BAYONA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que el empleador Luis Francisco Higuera García debe pagar los aportes pensionales por el tiempo laborado desde el 1 de noviembre de 1978 al 31 de julio de 1986, como consecuencia de ello, se ordene a Protección el traslado de los aportes a Colpensiones. (fl.42)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de febrero de 1962, trabajó para Luis Francisco Higuera García desde el 1 de noviembre de 1978 al 31 de julio de 1986 y durante ese tiempo no ha pagado aportes pensionales. A 1 de abril de 1994 la actora contaba con 750 semanas, el 25 de octubre de 1994 se trasladó a Davivir hoy Protección pues el asesor de dicho Fondo le ofreció muchos beneficios y aunque ha solicitado el traslado a Colpensiones, ha recibido una respuesta negativa. (fl.40)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **PROTECCION** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó algunos e indicó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y prescripción. (fl.76)

Por su parte **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó algunos e indicó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido y prescripción. (fl.105)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ordenar a Colpensiones a actualizar la historia laboral de la demandante incluyendo las cotizaciones en mora del 1 de marzo de 1984 al 31 de julio de 1987 adeudadas por el empleador Luis Higuera. Ordenó a Protección a trasladar todos los aportes de la accionante a Colpensiones junto con los rendimientos y ordenó a Colpensiones que una vez



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-331-01 Dte: JULIA CARMENZA LOPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

fuera actualizada la historia laboral de la demandante, estudiara si reunía los requisitos para que le fuera reconocida la pensión de vejez. (fl.131)

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

Es importante establecer en su despacho imprimió una hoja pues para efectos del presente fallo es importante establecer que no hay discusión alguna de acuerdo con ese reporte de semanas tradicionales respecto de la vinculación de la demandante con el señor Luis Francisco Higuera García porque está dentro de las novedades de esa historia de semanas cotizadas tanto el ingreso al sistema de Seguridad Social en pensiones como la fecha de retiro es así como aparecen la afiliación por parte de Luis Francisco Higuera García el 11 de enero de 1970 perdón el 1 de noviembre de 1978 aparece novedad de ingreso es decir que para efectos del presente proceso pues se tendrá que esa es al menos está demostrado que ese es el ingreso a pensiones en el Instituto de Seguro Social no sabemos si en esa misma fecha inicio el vínculo laboral pero por lo menos aparece el ingreso por parte de la empresa aparecen novedades cambio de salario en 1979 cambio de salario en 1980 cambio de salario en 1981 cambio de salario en 1982 hay dos cambio de salario en 1983 cambio de salario en 1984 y el 29 de febrero de 1984 aparece la novedad pago hasta esa fecha es decir que pagaron los aportes hasta esa fecha posteriormente aparece la novedad en el 1 de enero de 1985 como un cambio de salario en el primero de enero del 86, como un cambio de salario y aparece en la novedad de retiro el 31 de julio de 1986 así es que teniendo en cuenta que la facultad para ingresar y retirar a un afiliado del sistema en ese momento al Seguro Social pues estaba en cabeza del empleador se tiene que efectivamente por lo menos se demostró que la demandante prestó los servicios desde el 1 de noviembre del 78 hasta el 31 de julio del 86 donde aparece la novedad de retiro, igualmente aparece estado de cuenta de la empresa a través de los cuales cotizó dentro del mismo expediente administrativo y aparece con Luis Francisco Higuera García tipo de deuda es debido a cobrar debido a cobrar en 1984 hasta 1986 y de 1984 hasta 1986 es decir que efectivamente aparece que estuvo vinculada a la empresa que la empresa la afilio que presentaba periodos en Mora y que de esos periodos del en mora tenía conocimiento en su momento el Instituto de seguros sociales y pues que no ha ejercido dentro del expediente administrativo pues no obra ninguna prueba que indique que el Instituto de seguros sociales o Colpensiones hubiese a partir del 94 cuando estuvo en Mora antes del 94 a partir de la expedición de la ley 100 hubiese ejercido el cobro coactivo respecto del pago de esos aportes a la Seguridad Social de señalar el juzgado que ya ha sido decantada la jurisprudencia la honorable Corte Suprema de Justicia igual que el honorable Corte Constitucional en diferentes acciones de tutela donde ha enseñado que la Mora del empleador no puede redundar en un perjuicio para la para el trabajador porque al trabajador le basta con cumplir con su trabajo y a la empresa le corresponde pues efectuar los descuentos y realizar el correspondiente aporte a la Seguridad Social que cuando se incumple ese deber de ejercer el cobro coactivo pues el ente asegurador en este caso el Seguro Social hoy Colpensiones deber responder y asumir su negligencia al no realizar el cobro coactivo y asumir digamos en todas las semanas que están en Mora para tenerlas en cuenta para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-331-01 Dte: JULIA CARMENZA LOPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

efectos de reconocimiento personal porque efectivamente pues el trabajador no puede verse afectado por una negligencia respecto a la entidad de Seguridad Social significa lo anterior que se deben tener en cuenta esas semanas que aparecen en Mora para el cómputo con el objeto de establecer el total de las semanas cotizadas por la demandante y lo que es más importante para efectos de este proceso saber si para el primero de abril de 1994 contaba con 750 semanas de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas hasta el 31 de octubre del 94 tenía 668.14 29 semanas recordemos que por los períodos que están en Mora que serían del 1 de marzo del 94 al 31 de julio del 86 da un total de 781 perdón de 126 semanas lo que significa que para el primero de abril de 1994 pues la demandante contaba con las 750 semanas que se necesitaban para ser beneficiaria del régimen de transición en razón que por la edad pues claramente no era beneficiaria del régimen de transición porque había nacido en el año si no estoy más en 1962 lo que significa que para el 1 de abril del 94 pues no tenía 35 años de edad y aunque tuviese los 35 años de edad pues para efectos del presente proceso no tendría ninguna incidencia por lo que se busca con el presente proceso es que la demandante pueda en devolverse al régimen de prima media con prestación definida esto en virtud de lo establecido por la sentencia su 072 del año 2010 nótese que en este proceso aunque se alega y se dijo por parte de la demandante el interrogatorio de parte que no se le dio suficiente información por parte de protección al momento de afiliarse no se está solicitando la ineficacia en la unidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad sino lo que se está solicitando y así se enseña los fundamentos de derecho y así señaló también la contestación de la demanda se entendió que se está solicitando es que se permita devolverse al régimen de prima media esto por tener 750 semanas al 1 de abril del año 1994 recordemos que efectivamente la Corte Constitucional tanto en la sentencia su 062 del 2010 como también en la sentencia su 130 del 2013 vino a hacer claridad respecto de los afiliados que podrían devolverse en cualquier momento del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida y vino para señalar que eran únicamente aquellos afiliados que para la fecha en que entró a regir el régimen de Seguridad Social es decir para el 1 de abril del 94 tuviesen 750 semanas señaló luego de explicar la sentencia su 130 2013 luego de hacer todo el recuento jurisprudencia además normativo a concluir lo siguiente “bajo este contexto y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia constitucional en torno a este tema la sala plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 fecha en la cual entró en vigencia el sistema general de pensiones pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida conservando los beneficios del régimen de transición para el efecto deberá trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiera permanecido en el régimen de prima media y no ser posible tal equivalencia conforme que definido en la sentencia C 062 del 2010 el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable” perdón antes de cerrar comillas así las cosas con el fin de reconocer efectos vinculantes de la presente decisión en la parte de resolutive este fallo debe incluir el criterio de unificación adoptado en torno al tema del traslado de régimen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-331-01 Dte: JULIA CARMENZA LOPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensional en el sentido de que únicamente los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al primero de abril del 94 fecha en el cual entró en vigencia el sistema general de pensiones pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida conservando los beneficios del régimen de transición significa lo anterior que la demandante a tener más de 750 semanas para el 1 de abril de 1994 puede trasladarse en virtud de lo establecido por la sentencia de la Corte Constitucional que acabamos de mencionar en cualquier momento del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida igualmente también significa que en este caso pues no estudiaremos el tema de la nulidad ni la ineficacia que pues en el debate probatorio hicieron preguntas al respecto porque ese no fue el problema jurídico planteado si no fue traslado en virtud a las sentencia de la corte que ya acabamos de mencionar recordemos entonces que se ordenara por cumplir esos requisitos pues la devolución de la demandante o sea el traslado del régimen individual de ahorro con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se ordenará ha protección pues que devuelva todos los aportes con los rendimientos en este caso no hay lugar a devolver los gastos de administración porque no se trata de una nulidad o ineficacia sino que simplemente los aportes y los rendimientos igualmente a que colpensiones reciba dichos aportes dichos rendimientos actualice la historia laboral de la demandante y tenga en cuenta en la semanas en mora para efectos de actualizar la historia laboral y posteriormente de reconocer la pensión igualmente se ordenará a la demandante que en caso de que deba cancelar las equivalencias lo debe hacer en un período pues una vez el indique Colpensiones y en el período pues que también Colpensiones le indique con efectos de reconocer la pensión porque recordemos que la sentencia es según tanto las 062 como la sentencia de unificación las 130 del 2013 señala que en caso de que haya alguna discrepancia en cuanto a las equivalencias es decir los rendimientos no alcance a cubrir el valor que tenido en Colpensiones que permaneció ahí le debe al afiliado le corresponde pagar esas equivalencias no se condenará en costas en este caso en razón a que pues realmente para la fecha en que la demandante se afilio a protección pues no contaba con las 750 semanas igualmente cuando solicitó la devolución a que le permitieran volver al régimen de prima media pues tampoco tenía las 750 semanas por que solamente se están obteniendo a través de la declaratoria y qué hace el juzgado al constatar que efectivamente se demostró esa vinculación y que estaba en Mora y que fuera de eso el seguro social también conocía esta situación de mora del empleador y no realizó el cobro coactivo correspondiente.

PROBLEMA JURIDICO

Consiste en determinar si es procedente el traslado de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida, al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición.



CONSIDERACIONES

Conforme a lo establecido en el art. 66 del C.P.T, la Sala estudiará la decisión de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta en lo que le resulte desfavorable a Colpensiones.

En este asunto sea lo primero señalar que contrario a lo manifestado por Protección S.A., en sus alegaciones, se tiene que quedó suficientemente probado que la señora Julia Carmenza López se afilió al ISS desde el 1 de noviembre de 1978 por cuenta del empleador “LUIS FRANCISCO HIGUERA”, tal y como se puede observar del reporte de semanas cotizadas obrante a folio 22 del plenario y el expediente administrativo de folio 104.

Luego, el 25 de octubre de 1994 se trasladó al Fondo de Pensiones DAVIVIR (fl.25) y cuando quiso retornar al ISS hoy Colpensiones, la solicitud le fue negada con el argumento que le faltaban menos de diez años para pensionarse y que no contaba con las semanas requeridas para poder llevar a cabo dicho traslado.

Pues bien, argumenta la accionante que el empleador Luis Francisco Higuera no le cotizó en pensiones todo el tiempo laborado con él y que fue del 1 de noviembre de 1978 hasta el 31 de julio de 1986, semanas que le resultan necesarias para poder adquirir las necesarias para trasladarse a la Administradora demandada.

Al respecto se tiene que el art. 36 de la Ley 100 de 1993 consagra que “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”

No obstante lo anterior, según los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 lo dispuesto en ese artículo no se aplicaba para: **1)** aquellas



personas que estando en régimen de transición voluntariamente se hubieren acogido al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarían a todas las condiciones previstas para dicho régimen y **2)** para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual decidieron cambiarse al de prima media.

Frente al traslado de régimen, este ha sido un tema ampliamente debatido por la jurisprudencia de la Máxima Corporación Constitucional y el primero de ellos está consignado en la sentencia **C-789 de 2002** a raíz de una demanda de inconstitucionalidad formulada contra los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se ocupa de regular las circunstancias de exclusión del régimen de transición, en donde puntualizó la Corte que, **únicamente quienes cumplan con el requisito de tiempo de servicio, no pierden los beneficios del régimen de transición por el hecho de trasladarse de régimen pensional.**

Con posterioridad a la Sentencia C-789 de 2002, el Congreso de la República expidió la **Ley 797 de 2003** y el artículo 2° del citado ordenamiento modificó el literal e) del artículo 13 de Ley 100 de 1993. En su versión original, establecía que los afiliados al Sistema General de Pensiones sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años contados a partir de la selección inicial. Precisamente, en procura de un mayor nivel de estabilidad y sostenibilidad del sistema, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, **se extendió el término de traslado de tres a cinco años y**, adicionalmente, se fijó un límite para el ejercicio de tal prerrogativa, en el sentido de que **no podrán trasladarse de régimen quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.**

El artículo 2° de la Ley 797 de 2003 fue sometido al juicio de constitucionalidad y resuelto mediante la Sentencia **C-1024 de 2004**, de donde se desprende que todos los usuarios del Sistema General de Pensiones incluidos aquellos pertenecientes al régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-331-01 Dte: JULIA CARMENZA LOPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, **la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquél régimen.**

Luego, la sentencia de unificación **SU 062 de 2010** retomó el tema referente a la posibilidad de retornar en “cualquier tiempo” al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con las normas anteriores a la Ley 100/93, destacando que **tal retorno no opera para todos los sujetos del régimen de transición indistintamente, sino para una categoría de ellos, es decir, para quienes a 1° de abril de 1994 contaban con 15 años o más de servicios cotizados.** En relación con este aspecto, el fallo afirmó¹:

“...algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

(i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual

(iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”.

En ese orden de ideas, según la Sentencia SU-062 de 2010, sólo quienes tienen 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual al

¹ Sentencia SU 130 del 13 de marzo de 2013



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-331-01 Dte: JULIA CARMENZA LOPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

régimen de prima media, con el fin de hacer efectivos los beneficios del régimen de transición.

Para tal efecto, se tiene que, en primer lugar, la demandante solicitó el traslado del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida el 15 de junio de 2017 (fl.32), es decir, cuando ya se encontraba vigente la modificación del literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera que **inicialmente no es procedente el traslado pues la señora Julia Carmenza López ya había cumplido los 55 años de edad el 27 de febrero de 2017, faltándole entonces mucho menos de diez años para pensionarse.**

Aunado a lo anterior y en atención a la jurisprudencia anteriormente citada, se tiene que **a 1 de abril de 1994 la actora no contaba con 15 años de servicios o lo que es lo mismo, 772 semanas cotizadas** y no 750 semanas como lo adujo la juez a quo por lo siguiente:

Conforme a la historia laboral que reposa a folio 22 del expediente, encuentra la Sala que la demandante cuenta con 632.36 semanas cotizadas al entonces ISS y reflejadas en dicha historia así:

Razón Social	Desde	Hasta	Semanas
LUIS FRANCISCO HIGUE	01/11/1978	29/02/1984	278.14
GUYE BOSQUET GEORGES	12/05/1987	01/04/1994	354.22

De las cuales no fueron incluidas 124.26 semanas con el empleador “Luis Francisco Higuera” y que se pueden corroborar con la documental de folio 23 del plenario, relación de novedades registrada expedida por Colpensiones y en donde se puede observar que con ese empleador el ingreso al Sistema acaeció el 1 de noviembre de 1978 y el retiro el 31 de julio de 1986 y no el 29 de febrero de 1984 como lo reporte la historia laboral de la accionante.

Lo que sucedió es que el empleador no cotizó las semanas del 1 de marzo de 1984 al 31 de julio de 1986 y Colpensiones tampoco realizó las respectivas gestiones de cobro, actuar de la Administradora y del empleador que no puede ir en perjuicio del afiliado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-331-01 Dte: JULIA CARMENZA LOPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Así las cosas y como quiera que las 632.36 semanas sumadas a las 124.26 arrojan un total de 756.62 semanas, es decir, menos de 15 años de servicios que se reitera son 772 semanas cotizadas, **la actora no tiene derecho a retornar al Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media administrador por Colpensiones**, como en efecto lo indica Colpensiones en sus alegaciones.

Valga aclarar que además de haber cometido un yerro la juez de primera instancia en cuanto equiparó 750 semanas a 15 años, tampoco descontó de las semanas de la historia laboral de folio 22 las referidas al 1 de abril de 1994 en adelante, sumando estas también y como se dijo, clara fue la jurisprudencia al indicar que los 15 años de servicios debían contabilizarse únicamente a 1 de abril de 1994 y por ello también le dieron más semanas a la falladora de primer grado, pero que, en todo caso, no alcanzan a completar 15 años de servicios.

Por lo anterior, se revocarán los numerales segundo a sexto de la sentencia consultada, para en su lugar absolver a las demandadas de la pretensión de traslado de régimen.

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: REVOCAR los numerales **SEGUNDO A SEXTO** de la sentencia consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de la pretensión de traslado de régimen pensional.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

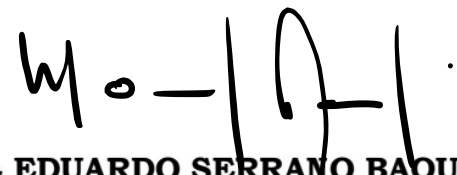
Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-331-01 Dte: JULIA CARMENZA LOPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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. 31-2018-464-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAIRO PALACIO LÓPEZ

DEMANDADO: AFP PORVENIR 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 de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante, las de la demandada Porvenir S.A., quien solicita se confirme la decisión de primer grado, de igual forma, Foncep allegó como alegaciones, escrito en el cual reitera excepciones de mérito propuestas por este en la etapa procesal pertinente.

ANTECEDENTES

El señor JAIRO PALACIO LÓPEZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Porvenir S.A., responsable de efectuar a su favor reconocimiento, liquidación y pago de excedentes de libre disponibilidad y correspondiente a la totalidad

del bono pensional tipo A, modalidad 2, constituido, redimido, abonado y acreditado por los aportes cotizados a la Caja de Previsión Social del Distrito hoy Foncep, hasta el 1 de enero de 1996; como consecuencia de tal declaración, peticiona se liquide y pague a su favor los excedentes de libre disponibilidad constituidos por el bono pensional tipo A, por los aportes efectuados a Foncep y que se redimió en su cuenta de ahorro individual. (fls. 5 y 6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró para la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá entre el 8 de abril de 1981 al 23 de mayo de 1997, vínculo por virtud del cual, cotizó a la Caja de Previsión Social del Distrito, hoy Foncep, que con posterioridad, se vinculó laboralmente al sector privado, siendo afiliado en materia pensional a Porvenir S.A., desde el 12 de junio de 2007, que con fecha del 11 de agosto de 2015, se le calificó con una PCL de 75.09%, circunstancia que le impidió seguir laborando y dicho siniestro fue asegurado previamente por Seguros de Vida Alfa S.A., que como consecuencia de tal PCL, solicitó ante la demandada, reconocimiento de pensión de invalidez, entidad que le reconoció la prestación a partir del 11 de agosto de 2015, con una tasa de reemplazo del 45%, quedando su mesada pensional en un SMLV, que Provenir S.A., para el reconocimiento pensional en mención, tuvo en cuenta 500 semanas cotizadas, de las cuales 50 lo fueron en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez, fueron las que se tuvieron en cuenta para dicho reconocimiento.

Afirma que el 23 de mayo de 2016, autorizó a Porvenir S.A., la liquidación del bono pensional que para la fecha, ascendía a \$13.830.795, que el 14 de marzo de 2018 solicitó ante Foncep certificación de bono pensional tipo A, junto con el trámite de redención, liquidación y pago del mismo, a lo que Foncep le respondió que dicha solicitud de pago la debía adelantar ante la Administradora de Pensiones, que Porvenir le señaló el 16 de marzo de 2018 que había concluido el trámite de reconstrucción de historial laboral y solicitaría el reconocimiento y pago de su bono pensional, por lo que el 26 de marzo de la anualidad en mención y en formato impreso por Porvenir S.A., suscribió nuevamente solicitud de emisión y/o expedición de bono pensional, que ya ascendía a \$14.348.247.

Refiere que Seguros de Vida Alfa S.A., le indicó que el siniestro correspondiente a su invalidez, ascendió a la suma de \$161.470.364, de igual forma, Porvenir S.A., le señaló que la redención de su bono junto con rendimientos, ascendió a aproximadamente \$115.000.000, por lo que el 29 de junio de 2018, solicitó a la demandada el pago de los excedentes de libre disponibilidad a su favor con el total del bono redimido, solicitud ante la cual, le indicó la demandada que tales recursos, hacían parte del capital que financiaba la pensión, por lo que señala que la administradora demandada estaba financiando de manera ilegal la pensión de invalidez con los saldos depositados en su cuenta de ahorro individual, el pago efectuado por Seguros de Vida Alfa S.A., por el pago del siniestro y el capital del bono pensional redimido, por lo que indica que los aportes por él efectuados antes del 31 de marzo de 1994 y que conformaban el bono pensional, estaban siendo utilizados indebidamente para financiar su pensión de invalidez; afirmando erróneamente que este hacía parte del capital para financiar su pensión de invalidez.

Indica por último que en su cuenta de ahorro individual, se encuentran depositados \$307.000.000 y la mesada pensional que se paga a su favor equivale a 1 SMLV, por lo que conforme dichos saldos, es evidente la existencia de excedentes de libre disponibilidad, siendo evidente que para financiar una pensión mínima en el RAIS, se requería de un capital de \$130.000.000, por lo que es claro que en su cuenta de ahorro tenía el capital suficiente para financiar su pensión en cualquier modalidad y los excedentes debían ser pagados a su favor. (fls. 2 a 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el vinculado, Ministerio de Hacienda; se opuso a las pretensiones y manifestó no constarle ningún hecho de demanda. Propuso la excepción de mérito que denominó inexistencia de la obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (fl. 79).

El demandado Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 4 a 6, 8, 10, 12, 13, 14 a 17; referentes a la calificación de PCL del actor, el tiempo tenido en cuenta para efectuar reconocimiento pensional, la autorización suscrita por el actor

para redimir el bono pensional, la solicitud de este ante Foncep para tal redención, el trámite de reconstrucción de su historia laboral, el valor del bono pensional, el pago del siniestro por parte de Seguros Alfa, la solicitud elevada por el actor para el pago de excedentes de libre disponibilidad y la respuesta emitida a la misma; manifestó no constarle los hechos No. 1 y 11 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, compensación y buena fe. (fl. 91)

Por último, el vinculado Foncep, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 9 y 11 y manifestó no constarle lo demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, competencia de los fondos, cajas y entidades territoriales para el reconocimiento de prestaciones de jubilación – incompetencia de los fondos o cajas para reconocer la prestación solicitada por el demandante, improcedencia de la vinculación como litisconsorcio necesario. (fl. 151).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada y a las entidades vinculadas e las pretensiones incoadas por el demandante, condenando a este en costas. (fl. 195)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

El artículo 85 de la ley 100 de 1993 define como excedente de libre disponibilidad lo siguiente: artículo 85. Excedentes de libre disponibilidad. Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, más el bono pensional, si a ello hubiere lugar, que exceda del capital requerido para que el afiliado convenga una pensión que cumpla con los siguientes requisitos: a. Que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al 70% del ingreso base de liquidación, y no podrá exceder de 15 veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva. b. Que la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al 110% de la pensión mínima legal vigente. La corte suprema de justicia, sala de casación laboral, en sentencia del 11 de abril de 2018, siendo magistrado ponente el doctor Rigoberto Echeverry Bueno explica cuál es la diferencia existente entre la devolución de saldos y los excedentes de libre disponibilidad, en los siguientes términos: la devolución de saldos consiste en la restitución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar, para aquellas personas que a los 62 años de edad son hombres, o 57 si son mujeres, no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no haya acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo. Los excedentes de libre disponibilidad por su parte, consisten en el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional más el bono pensional si a ello hubiere lugar, que exceda el capital requerido para que el afiliado convenga una pensión, siempre y cuando la renta vitalicia inmediata o diferida contratada o el monto del retiro programado sea igual o superior al 70% del ingreso base de liquidación y no exceda de 15 veces la

pensión mínima vigente en la fecha respectiva. La renta vitalicia inmediata o el monto del retiro programado sean igual o superior al 110% de la pensión mínima legal vigente. Como se observa, para que haya lugar a la devolución de saldos se requiere que el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad con la edad para pensionarse no pueda reunir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, en cambio para que haya lugar a los excedentes de libre disponibilidad es necesario que el afiliado haya contratado una pensión de vejez en las referidas modalidades del régimen y se presenten excedentes del capital, mínimo para financiarla. Más adelante señala la sentencia que estoy citando: estima la sala que en parte le asiste razón al recurrente en cuanto afirma que para determinar la cuantía de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no se requiere calcular el ingreso base de liquidación pues la cuantía de la prestación depende de la modalidad que elige el afiliado y se determina en función del capital ahorrado más el bono pensional, si hubiere lugar a él, así como de la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios.

De acuerdo con lo anterior, aunque es cierto que el ingreso base de liquidación no resulta necesario para efectos de determinar la cuantía de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, si sirve para establecer un parámetro mínimo para determinar a dicho régimen tiene derecho a los excedentes de libre disponibilidad de que trata el artículo 85 de la ley 100 de 1993, al disponer textualmente la norma y se hace la transcripción del artículo 85. Más adelante se indica: solo habrá excedentes de libre disponibilidad en la medida en la que en la cuenta de ahorro individual existan recursos adicionales a los necesarios para financiar una pensión igual o superior al 70% del ingreso base de liquidación. En el caso que nos ocupa al revisar la documental allegada al expediente, lo primero que debía notarse es que a folio 48 aparece un formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, correspondiente a Jairo Palacio López, y en dicho dictamen se establece una pérdida de capacidad laboral del 75.09% con fecha de estructuración de 11 de agosto de 2015 y una enfermedad de origen común. A folio 53 del expediente, aparece una comunicación que le fue dirigida a Jairo Palacio López, del 16 de marzo de 2016, tipo de solicitud reclamación por invalidez. Por lo que es claro de la documental citada a folio 48 y folio 53 del expediente, que el demandante recibió fue una pensión de invalidez por una causa de origen común, y no una pensión de vejez. Al revisar este documento, lo que podríamos encontrar es lo siguiente: ingreso base de liquidación \$731.217, porcentaje aplicado al ibl 45%, y al hacer la simple operación aritmética lo que es claro es que al aplicar las tasas de reemplazo que trae la ley 100 de 1993 son idénticas, tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, frente a la pensión de invalidez en donde se toma el ibl de los últimos 10 años y se aplica la tasa de reemplazo correspondiente en lo que salta a simple vista es que la mesada del demandante si se le aplicara el porcentaje establecido del 45% sería inferior al salario mínimo legal mensual vigente, por lo que debería aplicársele la garantía de pensión mínima, por lo que la pensión de vejez del demandante obviamente no puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Al revisar documental allegada dentro del expediente, folio 64, relación histórica de movimientos porvenir, se advierte que hay un saldo final del demandante, año 2018, 16 de julio, de \$306.275.494, pero lo que también debe advertirse es que para llegar a este saldo final se tiene en cuenta los \$161.470.364 que fueron cancelados por seguros de vida Alfa s.a., al revisar documental obrante dentro del expediente, a folio 67, encontramos saldo final de aportes obligatorios fondo retiro programado al 31 de marzo de 2018, en pesos de \$188.867.076, y al revisar el expediente, folio 120 que corresponde a la liquidación del bono pensional, el valor neto pagado de este bono pensional fue de \$115.841.000, y al revisar documental obrante a folio 133, que fue la liquidación que hizo seguros de vida Alfa s.a. reliquidación previsional, hecha para el demandante en el año 2016, que fue la fecha en la cual se realizó el pago, que es lo que se advierte, que el capital necesario para dicha calenda 2016, para garantizar el pago de esta mesada pensional de un salario mínimo legal mensual vigente era de \$167.080.716, pero el monto que tenía el demandante no alcanzaba para cubrir dicho monto, por lo que aparece una suma adicional, dice acá, de \$114.970.983, esta suma adicional es la suma que corresponde al bono pensional, pero como seguros de vida Alfa s.a., ya había cubierto la suma adicional de \$167.080.716, estos 114.000.000 los tomó efectivamente quien había realizado el pago, esto es, seguros de vida Alfa s.a., por lo que en folio 133 se puede leer: suma adicional más bono garantía estatal, esto es, en últimas lo que cubrió el estado fue de \$46.499.381, por lo que es claro en el caso que nos ocupa, que el demandante con el capital que tenía más el bono pensional que aparece aquí reflejado, folio 133, de \$114.970.983 para el año 2016 no tenía el dinero necesario para garantizar una pensión de invalidez, por lo que debió acudir precisamente a esta garantía estatal de pensión mínima, en donde seguros Alfa fue a cancelar ese valor adicional, pues lo

que en el caso que nos ocupa sería absurdo pretender que una persona que acude a garantía estatal de pensión mínima en donde para financiar su pensión de invalidez, se tuvo que acudir a esta garantía estatal pretenda la devolución de excedentes de libre disponibilidad, por cuanto el capital que tenía el demandante en la cuenta en el momento en que se realiza precisamente la liquidación de su pensión para proceder al reconocimiento pensional, esto es en marzo de 2016, en donde se le canceló un retroactivo a partir del 11 de agosto de 2015, en donde se reitera, ni siquiera le alcanzaba para cubrir el capital necesario para financiar su pensión, pretenda hoy la devolución de estos saldos. Ahora bien, no se cumple ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 85 de la ley 100 de 1993, toda vez que el valor de su pensión no cubre el 110% de la pensión mínima legal mensual vigente, porque aplicando la garantía de pensión mínima solo alcanzo a hacer de 1 salario mínimo legal mensual vigente. Ahora bien, era carga de la prueba de la parte demandante acreditar que efectivamente la liquidación de la pensión del demandante era errada, que el capital mínimo necesario para garantizar la pensión de un salario mínimo legal mensual vigente había sido satisfecho a cabalidad con los saldos que presentaba el demandante en su cuenta, incluyendo obviamente el bono pensional, porque eso es lo que establece la ley. Y dentro del presente plenario, no existe prueba alguna de que efectivamente el demandante tuviese un capital suficiente para garantizar que su pensión fuera mayor o igual al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, y tampoco está acreditado que tuviese dinero adicional al requerido para garantizar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente. En cuanto al ingreso base de liquidación que es el primer presupuesto, que la pensión sea igual o inferior al 70% de este ingreso base de liquidación, pues en el caso que nos ocupa no aplica, porque al aplicar el 70% del ingreso base de liquidación del demandante pues obviamente resultaría una pensión inferior al salario mínimo legal mensual vigente, por lo que en el caso que nos ocupa se reitera, para poderle garantizar el reconocimiento pensional al demandante en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, debió acudir a la garantía estatal de pensión mínima porque el capital del demandante incluyendo el bono pensional no era suficiente, por lo que en el caso que nos ocupa deberá absolverse de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a las demandadas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, señaló:

En primer lugar, se debe advertir que quien vino a cubrir la pensión en un porcentaje que arrojó en inferioridad como tal lo anota su despacho a un salario mínimo y que debió ajustarse a este valor, tal y como lo señala la ley, no es menos cierto que esta pensión del señor Jairo Palacio López fue reconocida de acuerdo a los aportes que hizo seguros Alfa y reconociéndole al señor Jairo Palacio una pensión por invalidez, toda vez que su invalidez tenía un 75% respecto de la que le fue reconocida y la que se tomó para otorgarle dicha pensión pero como quiera que hubo otros aportes a esta pensión a la entidad porvenir y hubo otros aportes del señor Palacio López donde hay un yerro del juzgador de instancia, al no tener en cuenta como el señor Palacio López, con fecha 16 de marzo de 2016, si bien se le reconoció la pensión, él posteriormente hizo o se vinculó laboralmente y cotizó a porvenir más de 50 semanas, lo que le permitió tener un excedente de libre disponibilidad, excedente que no fue tenido en cuenta por seguros de vida Alfa para otorgar la pensión de invalidez y que si bien esto debió servir de fundamento para otorgarle una pensión de vejez, toda vez que se tenía el capital suficiente para adquirir esta pensión y no como mínimamente se estableció del reconocimiento de una pensión mínima de vejez. Ahora bien, en el caso de dicho monto que no fuera suficiente para acceder a una pensión en las condiciones ya anotadas, procedería la devolución de saldos a favor del afiliado, siempre y cuando se demuestre el cumplimiento de la edad a que hace referencia el artículo 65 de la ley 100 de 1993, el artículo 62 y los 62 años de edad, si son hombres, y 57 si son mujeres, y que no acrediten el número mínimo de semanas cotizadas y que el capital acumulado en la cuenta de ahorro pensional no resulte suficiente en los términos del artículo 64, si bien como lo leyó la señora juez, el capital del señor Jairo López asciende a 300, el último reporte de capital acumulado del señor Jairo Palacio asciende a 306, se me perdió la cifra exacta, no es menos cierto que este aporte es superior y por lo tanto le permite al señor Palacio López adquirir ese bono pensional y por lo tanto ese bono de libre disponibilidad al que tendría derecho, tal y como se demuestra en la demanda, seguros de vida Alfa entrega a porvenir el pago del siniestro en su totalidad y porvenir, además

recibe los aportes que hace Foncep, lo que constituye unos recursos de libre disponibilidad que deben ser entregados al demandante por porvenir s.a., está el bono pensional del Foncep, está los aportes hechos a porvenir por el señor por el trabajo que hizo posteriormente y está el pago del siniestro que hizo seguros de vida Alfa, por lo que habiendo estos excedentes de libre disponibilidad y no habiéndose tenido en cuenta por el juzgador de instancia los trabajos adicionales realizados por el señor Jairo López, se debe acceder a las pretensiones de la demanda y deberá el tribunal superior de Bogotá revocar este fallo y concederle al señor Jairo López Cortés las pretensiones aquí incoadas dentro de la presente acción.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la calidad de pensionado por invalidez que ostenta el actor como se verifica de documental visible a folio 53 del plenario, mediante la cual la demandada efectúa el reconocimiento pensional en mención de manera retroactiva a partir del 11 de agosto de 2015 y en cuantía de un SMLV; de igual manera a folios 23 y s.s., del plenario queda demostrada la existencia de bono pensional que se generó como consecuencia de la prestación de los servicios del demandante al entonces Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito entre el 8 de abril de 1981 al 23 de mayo de 1997.

Ahora bien y en cuanto a la solicitud de devolución de excedentes de libre disponibilidad, se tiene que tal figura se encuentra prevista en el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, normatividad que consagra:

ARTÍCULO 85. EXCEDENTES DE LIBRE DISPONIBILIDAD. *Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, más el bono pensional, si a ello hubiere lugar, que exceda del capital requerido para que el afiliado convenga una pensión que cumpla con los siguientes requisitos:*

a) Que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al setenta por ciento (70%) del ingreso base de liquidación, y no podrá exceder de quince (15) veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva.

b) Que la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al ciento diez por ciento (110%) de la pensión mínima legal vigente.

De la norma transcrita en precedencia, se determina que como bien lo indicó la juzgadora de instancia, tal figura opera únicamente respecto de la pensión de vejez, dado que en cuanto a la pensión de invalidez como es la que disfruta el actor, no se opta por contratar una pensión, sino que esta se concede en el RAIS cuando se acreditan los requisitos previstos para el efecto en el artículo 70 de la Ley 100 de 1993 y así lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1059 del 11 de abril de 2018, MP. Rigoberto Echeverri Bueno:

Como se observa, para que haya lugar a la devolución de saldos se requiere que el afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con edad para pensionarse, no pueda reunir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez; en cambio, para que haya lugar a los excedentes de libre disponibilidad es necesario que el afiliado haya contratado una pensión de vejez en las referidas modalidades del régimen y se presenten excedentes del capital mínimo para financiarla.

A su turno, el precitado artículo 70 de la Ley 100 de 1993, indica que hay lugar a que el pensionado disponga en esta modalidad de pensión, únicamente de aportes voluntarios, los que no hacen parte del capital para financiar dicha prestación a menos que ello sea necesario, siendo esta la única disposición legal que permite al afiliado disponer de dineros que excedan el capital para financiar la pensión de invalidez, cuestión que ni se alegó en este caso y no obra prueba alguna de que el actor, haya efectuado aportes voluntarios.

Ahora y en gracia de discusión, en caso de que el precepto normativo que regula los excedentes de libre disponibilidad fuera aplicable para el caso del actor, debe cumplir con los requisitos allí señalados; no obstante ello y como bien se indicó la decisión objeto de recurso, de liquidación allegada por Porvenir S.A., expedida por Seguros Alfa S.A., visible a folio 133 del plenario, claramente se determina que el capital acumulado para la fecha de tal cálculo, la que corresponde al 19 de febrero de 2016, en la cuenta de ahorro individual del actor, no era suficiente para financiar la pensión concedida por lo que se tuvo que completar dicho capital con el bono pensional a que tenía derecho el actor y haciendo uso de la garantía estatal de pensión mínima; de lo que claramente se establece que el demandante bajo esta óptica, no tiene a su favor excedente alguno de libre disponibilidad, quedando claro que el bono pensional cuya utilización reprocha en sus alegaciones, sirvió para la financiación de la pensión de que disfruta.

De igual manera, también resulta acertada la conclusión a que arribó la decisión de primer grado en cuanto a que en el trámite procesal no se probó cuál era la cuantía de la suma cuya devolución se solicita, siendo que no se llevó a cabo la prueba de dictamen pericial solicitada por la parte actora en aras de pretender demostrar tales sumas que se alega exceden el capital necesario para financiar la pensión, como tampoco se tramitó el oficio dirigido a seguros Alfa S.A, en el que se le solicitaba informara el monto de las sumas de dinero que pagó por el siniestro de invalidez del actor; ello, por falta de interés de la misma parte actora (fl. 195), obligación que igualmente fue reiterada por el criterio jurisprudencial en los siguientes términos:

Por ello, resulta evidente que cuando el Tribunal, a la luz del artículo 85 de la Ley 100 de 1993, señaló que era necesario probar que la cuantía de la renta vitalicia inmediata que había contratado el actor era igual o mayor al 70% del Ingreso Base de Liquidación, no distorsionó el sentido del aludido texto legal, pues ese era su genuino sentido y alcance.

Por lo señalado en precedencia y al no haber lugar a disponer devolución alguna de excedentes de libre disponibilidad, se **confirmará** la decisión de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

Sin costas en esta instancia.

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

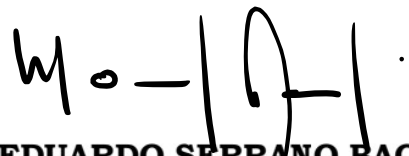
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2019-412-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SERGIO ANDRES AREVALO RUIZ

DEMANDADO: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

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 en grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de agosto de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor SERGIO ANDRES AREVALO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que fue víctima de acoso laboral por parte de la demandada representada por el Padre José Chaparro, que renunció por causa del empleador y como consecuencia de ello, se condene al reconocimiento y pago de perjuicios morales, daño



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

moral, perjuicios psicológicos o de vida en relación e indemnización por despido indirecto. (fl.7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ingresó a laborar a la demandada el 17 de marzo de 2014 a través de contrato a término fijo para desempeñar el cargo de coordinador sistema gestión riesgos laborales y salud en el trabajo, devengando como último salario la suma de \$3.997.500.

Su jefe inmediato fue el Padre José Chaparro, quien comenzó a acosar laboralmente al demandante, lo cambió de sitio de trabajo ocasionándole estrés laboral. No contestaba los correos que el actor le enviaba en el 2019, motivo por el cual no pudo avanzar con los compromisos propios de su labor.

El 3 de mayo de 2019 el demandante presentó reclamación de acosos laboral ante el Ministerio de Trabajo, pero no recibió ninguna respuesta ya que la accionada no contaba con Comité de Convivencia Laboral.

El 16 de mayo de 2019 renunció, renuncia que fue aceptada el 17 de mayo de 2019. Como consecuencia de la renuncia el accionante sufre de diferentes patologías y tuvo complicaciones en su salud mental. (fl.2)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandado **ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS** contestó, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó alguno y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de acoso laboral, ausencia de daño material y la genérica. (fl.91)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demanda de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

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

El señor se Sergio Andrés Arévalo Ruiz identificada con cédula prestó sus servicios a nuestra Comunidad de marzo 17 del año 2014 a mayo 20 del año 2019. Deberá declararse la existencia un contrato de trabajo entre las partes a término fijo por un periodo inicial de duración de un año contrato que comenzó a regir el día 17 de marzo del año 2014 se dio por terminado el día 20 de mayo del año 2019 tendríamos que determinar ahora cuál es la causa o motivo de terminación del contrato de trabajo sobre la carga de la prueba la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en sentencia del 28 de julio 1977 siendo ponente el magistrado Dr. Juan Hernández Sáenz. Al revisar el expediente a Folio 70 del plenario aparece una comunicación renuncia acoso laboral. En el caso que hoy nos ocupa el demandante alega abuso y hostigamiento por parte del padre Jorge Chaparro es lo que se indica en el párrafo tercero del documento obrante a folio 71 alega igualmente atropellos en contra de su dignidad como persona y como profesional igualmente dice que en el tiempo que estuvo incapacitado nunca recibió ni una llamada ni un mensaje ni mucho menos una palabra de aliento ninguno de los jefes esto es concretamente hace 3 señalamientos bien frente al último de estos señalamientos que es que durante el tiempo que estuvo incapacitado no recibió una llamada ni un mensaje ni mucho menos una palabra de aliento de ninguno de los jefes esta acusación de plano debe descartarse toda vez que la relación que existe entre trabajador y empleador conforme aparece reglamentado en el código sustantivo del trabajo se limita al plano estrictamente laboral no puede llegar al plano familiar ni al plano de amistad ni muchos y las circunstancias en el evento de que haya sido cierto que durante el tiempo en que estuvo incapacitado nunca recibió ni una llamada ni un mensaje ni mucho menos una palabra de aliento de ninguno de sus jefes de manera alguna constituye causal de terminación de la relación laboral son las características propias que se presentaron en esta relación laboral que en otras relaciones laborales las circunstancias sean distintas sean de más familiaridad demás camaradería además amistad pues son situaciones completamente diversas pero no por esto se puede indicar que constituye una omisión del empleador el no llamar a su trabajador para preguntar por su estado de salud toda vez que esto ya sería inmiscuirse dentro de la órbita familiar o personal del trabajador tendríamos que determinar si está probado el abuso y el hostigamiento y los atropellos contra la dignidad del demandante como persona procedemos entonces a revisar las pruebas allegadas al expediente pretende el demandante demostrar estos abusos hostigamientos y atropellos con correos electrónicos o con WhatsApp, lo primero que debe determinar es que la ley 527 de 1999 establece claramente los requisitos para la validez probatoria de correo electrónico siendo estos requisitos la confiabilidad la integralidad inalterabilidad rastreabilidad recupera habilidad y conservación como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil en sentencia de 16 de diciembre del año 2010 ciento magistrado ponente Dr. Pedro Octavio Menar Cadena en donde se hace alusión en que es indispensable revisar el cumplimiento de estos presupuestos establecidos en la ley 527 y al revisar la documental allegada al expediente de correos electrónicos tanto por la parte demandante como las partes demandadas y al someterla al filtro de los requisitos de la ley 527 de 1999 es claro que estos documentos no tienen la validez probatoria que pretenden las partes simple



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

y llanamente porque no se acredita el cumplimiento de la totalidad de los presupuestos establecidos en la ley 527 de 1999 pues esto es confiabilidad integralidad, inalterabilidad rastreabilidad recupera habilidad y conservación por lo que tendríamos entonces que entrar a determinar ahora la prueba documental allegada al expediente y los otros documentos que no constituyen correos electrónicos, al revisar entonces el interrogatorio qué absuelve el representante legal de la parte demandada el señala primer lugar reconoce la existencia del contrato de trabajo indica que no conoce los resultados de la evaluación que conoce la queja que presentó el demandante por acoso laboral que conocen los motivos de la renuncia igualmente no confiesa de manera alguna que efectivamente el demandante haya sido víctima de acoso laboral cuando se le pregunta sobre el cambio de puesto que es una de las circunstancias que aduce la parte demandante como fundamento del acoso laboral dice que se cambio el puesto se cambio de oficina porque cuando llegó el nuevo ecónomo que estaba contratado pues el demandante estaba contratado y explica la diferencia entre estar contratado para toda la provincia y al estar contratado solamente para la ciudad de Bogotá y que precisamente para el buen desempeño de sus funciones se requirió reubicarlo, no debemos olvidar que el artículo 23 del código sustantivo del trabajo cuando establecen los elementos esenciales del contrato de trabajo establece el principio de subordinación y dependencia y dentro del principio de subordinación y dependencia está juice variandi que es la potestad que tiene el empleador de variar las condiciones del contrato de trabajo en cuanto las funciones en cuanto al lugar de prestación del servicio entre otras siempre y cuando obviamente esta variación de las condiciones del trabajo no vulnere los derechos del trabajador ni su dignidad como ser humano y de lo hasta aquí mencionado pues no sea visoria vulneración de los derechos del trabajador. De las pruebas allegadas al expediente es claro que no se prueba ninguna de las conductas que aparecen descritas en el artículo séptimo de la ley 1010 del año 2006 como conductas que constituyen acoso carga de la prueba que estaba radicada en cabeza del demandante y no se aprobó ninguna de estas conductas el artículo octavo de la ley día 1010 del año 2006 establece conductas que no constituyen acoso laboral no constituyen acoso laboral bajo ninguna de las modalidades y se hace el listado de estas conductas que no constituyen acoso en el caso que nos ocupa que es lo que se puede advertir lo que se puede advertir es que no obstante no existe una Clausula exclusividad en el contrato de trabajo porque De hecho no lo había si se advierte una violación a la cláusula novena del contrato de trabajo que dispone en el literal E cualquier actitud en los compromisos comerciales personales o en las relaciones sociales que puedan afectar en forma nociva la reputación del empleador y es claro a todas luces que afectó la reputación de la comunidad religiosa el actuar del demandante que si bien es cierto no existía una cláusula de exclusividad laboral él podía celebrar contratos de prestación de servicios con terceros pues no podía celebrar los con las personas que a su vez contrataban con la comunidad religiosa qué fue lo que hizo el demandante circunstancia que se encuentra acreditada documentalmente dentro del expediente toda vez que dentro del plenario a Folio 136 y a folios 143 aparecen cuentas de cobro que radicó el demandante ante contactour La una por 3 millones de pesos y la otra por 3.329.000 pesos reiterando que no es que estuviera violando cláusula de exclusividad porque no existía y podría contratar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

con terceros pero lo que no podía hacer era contratar con una persona que prestará sus servicios a la empresa que el hoy demanda y pues que los demás y mucho menos en los términos o condiciones que refieran los testigos en donde conforme al dicho del testigo le indica que necesitaba el trabajo que él iba a desempeñar o este plan que le iba a entregar de lo contrario no podía seguir contratando sin embargo el empleador frente a este tipo de circunstancias ninguna manifestación es que aquí no fue el empleadores que le dio por terminado el contrato de trabajo fue el demandante cuando advierte que todas las conductas que desplegó el reiterado incumplimiento de su contrato porque es claro que el plan de mejoramiento que debía ejecutar no tenía el avance que debía llevar en los años que lleva desempeñando la labor toda vez que conforme al dicho de las testigos una dice que sólo llevaban el 30% la otra dice que faltaba más del 70% pues es claro que el trabajo no estaba ejecutado a su totalidad o a cabalidad sumado a lo anterior el sí incurrió en una conducta que afectó la reputación de la comunidad religiosa sumado a lo anterior dentro del contrato en la cláusula sexta se establece la obligación de cumplir un horario de trabajo y es que es una de las características del contrato de trabajo y cumplir el horario y no es posible que dentro del mismo horario que yo me comprometa a prestar servicios para mí empleador en el mismo horario cumpla servicios a favor de un tercero qué fue lo que hizo el demandante que ya que conté ya que conforme al dicho de la testigo Martha Lucía Pérez él fue en varios oportunidades de 10 de la mañana a 3 de la tarde horario en que se suponía debía estar cumpliendo con sus labores en las instalaciones del empleador por lo que en el caso que nos ocupa se reiteró no se acredita ninguna de las conductas que constituyen acoso por el contrario lo que si adviertes que fue el demandante el que violó el contrato de trabajo se aducen los hechos de la demanda que al demandante no se le permitió disfrutar de vacaciones violando de esta manera las disposiciones del código sustantivo de trabajo y aquí es importante anotar lo siguiente si bien es cierto se establece que el trabajador debe disfrutar de 15 días de vacaciones avilés por año de servicio también se establece la posibilidad de acumular estos periodos de vacaciones siempre y cuando el demandante y trabajador disfrute por lo menos de 8 días y al revisarla documental allegada de expediente Folio 170 documento que no fue tachado de falso y no fue desconocido el contenido del mismo se advierte que demandan si disfruto de varios periodos de vacaciones estuve de vacaciones de diciembre 30 del año 2015 a enero 5 del año 2016 de diciembre 22 del 2016 a enero 9 del año 2017 estuvo de vacaciones de junio 25 del año 2017 a julio 3 del año 2017 de diciembre 26 del año 2017 a enero 8 del 2018 del 26 de diciembre del 2018 al 1 de enero del 2019 del 8 de enero del 2019 a 8 de febrero del 2019 por lo que es claro que el demandante si solicito periodos de vacaciones y disfruto de vacaciones y en los hechos del demandante indica que se le adeudan vacaciones, circunstancia ésta que se desvirtúa con el documento obrante a folios 170 del expediente por lo que en el caso que nos ocupa deberá absolverse de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante.

CONSIDERACIONES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

Conforme a lo establecido en el art. 69 del C.P.T, la Sala estudiará la decisión de primera instancia en **grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante.**

En el presente asunto no existió discusión alguna respecto que entre las partes se suscribió un **contrato de trabajo a término fijo desde el 17 de marzo de 2014 al 20 de mayo de 2019**, en donde el demandante señor Sergio Arévalo se desempeñó como Coordinador de Sistemas de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad ante la Economía Provincial, de tal circunstancia reposa prueba en los folios 21 a 24.

La inconformidad del demandante al presentar esta acción, radica en que indica que fue objeto de víctima de acoso laboral por parte del Padre José Chaparro quien señala fue su jefe inmediato.

La carta de renuncia en que basa los hechos de la presente demanda el actor señala:

“...Durante el tiempo que vengo laborando en la Orden de Agustinos Recoletos, he tenido la oportunidad de vivir muchas cosas grandiosas, aprendizajes y crecimiento profesional y espiritual, atravesando retos que me permitieron poner a prueba mis capacidades, nunca tuve inconvenientes con el pago de mi salario, y me preparé todo el tiempo con el fin de aportar mejores ideas, estrategias y actividades a la OAR y así también tener una mejor calidad de vida y mejores resultados en mi trabajo.

No obstante, me veo obligado a tomar la decisión de renunciar a este empleo debido al abuso y hostigamiento por parte del Padre Jorge Chaparro, Ecónomo Provincial de la Orden de Agustinos Recoletos, lo cual ha desencadenado en mí un deterioro bastante grande de mi salud y mi estabilidad emocional, mental y psicológica.

Durante los últimos meses, desde que el Padre Chaparro tomó posesión de su nuevo cargo como Ecónomo Provincial, me he visto enfrentado a una serie de atropellos contra mi dignidad como persona, como profesional y como ser humano, los cuales no puedo seguir tolerando más por mi bienestar y el de mi familia...”

Por ello, se procederá a estudiar lo concerniente a si se acreditó o no la existencia de conducta (s) constitutiva (s) de acoso laboral.

La Ley 1010 de 2006 fue expedida con el fin de adoptar medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

marco de las relaciones de trabajo, en su artículo dos lo define como toda conducta persistente y demostrable ejercida sobre un empleado o trabajador, por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo o inducir a la renuncia del mismo.

Del mismo modo, los artículos 7 y 8 de la citada ley establecen las conductas que constituyen acoso laboral y las que no lo son, en donde es dable destacar que no toda exigencia, orden, solicitud o actuación que se presente en el ámbito laboral configura un proceder de acoso. Igualmente, los artículos 9 y 10 ibídem aluden a las medidas preventivas, correctivas y sancionatorias del acoso laboral, procedimientos que gozan de la garantía consagrada en la norma denunciada, esto es, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que prohíbe dar por finalizado el vínculo laboral en un lapso de protección de seis (6) meses siguientes a la petición o queja, respecto de la víctima de acoso laboral que hubiere ejercido tales procedimientos «preventivos, correctivos y sancionatorios».

Al respecto se tiene que una vez revisado el material probatorio aportado al expediente, coincide la Sala con lo expuesto por la juez de primera instancia pues no logró el demandante acreditar las conductas por él señalados para fundamentar el acoso laboral en que se basa la demanda por lo siguiente:

Como pruebas documentales se aportaron:

-Documento de fecha 16 de mayo de 2019 suscrito por el demandante y dirigido al Comité de Convivencia Laboral de la accionada, en donde expone situaciones que considera constitutivas de acoso laboral por parte del Padre Jorge Chaparro así:

“...Evidencias de mensajes de WhatsApp en donde me hace señalamientos injustos y denigrantes, sin pruebas, ni debido proceso ante estas acusaciones.

Correos que jamás me contestó, en donde solicite (sic) en repetidas oportunidades que nos remitiera y/o apoyara el tema del CCL con los trabajadores...



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLECTOS

Declaración escrita de Viviana Vega “mi esposa”, Quine tuvo que presenciar una de las llamadas que el Padre Chaparro me hizo el año pasado, tratándome de una manera grosera y sin fundamento...

-Copia de correos electrónicos enviados por el demandante dirigidos al Padre Jorge Chaparro, pero en los mismos se expone lo relacionado a la creación de un Comité de Convivencia, pero nada frente a conductas relacionadas con acoso laboral, aunado al hecho que los mismos se aportan sin el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 527 de 1999 para que dichos correos sean tenidos como prueba. (fls.35 a 51)

Al respecto recuérdese lo expuesto de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia 34559 de 20098 en donde señaló:

*“Sobre estos documentos precisa la Corte, que **si bien es cierto la Ley 527 de 1999 reconoce a los mensajes de datos admisibilidad como medio de prueba**, así como fuerza demostrativa, y que la jurisprudencia ha admitido que el documento electrónico “es equivalente al documento escrito” –sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 7 de febrero de 2008, rad. N° 2001-06915-01, **también lo es que para que pueda ser tenido como medio calificado para efectos de la casación del trabajo, se debe tener certeza sobre su autenticidad con el cumplimiento de los protocolos establecidos en la misma Ley consistentes en la prueba técnica que avale o certifique su proveniencia y permita identificar al iniciador, o la aceptación de éste sobre la autoría del documento y su contenido** como lo prevé el artículo 7° de la Ley 527 en comento.”*

-Historia clínica del demandante (fls.54 a 69)

-Carta de renuncia de fecha 16 de mayo de 2019, en donde el señor Sergio Arévalo pone de presente a la demandada ciertas circunstancias que él considera de abuso y hostigamiento que ha tenido el Padre Jorge Chaparro hacia él; agrega que ha tenido crisis de ansiedad por estrés que lo han llevado a estar en una clínica de reposo y señala que por ese motivo toma la decisión de renunciar irrevocablemente al cargo desempeñado (fl.70)

-Mensajes de WhatsApp que al igual que los correos electrónicos aportados por el actor, no cumplen con los requisitos establecidos en la Ley 527 de 1999 para que sean tenidos en cuenta como prueba (fls.109-172)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

-Documento enviado por la secretaria del Comité de Convivencia Laboral de la demandada al demandante, en donde lo cita para escucharlo respecto de la queja presentada de acoso laboral para el 16 de mayo de 2019 (fl.183)

-Actas N° 2 y 3 de la reunión señalada con anterioridad y otra efectuada el 20 de mayo del mismo año, en donde el demandante expone las circunstancias que considera se han presentada con el Padre Jorge Chaparro (fl.185 a 204)

-Decisión del Comité de Convivencia de fecha 11 de junio de 2019, en donde le indica al actor que debido a que durante el trámite de la queja no se observaron ni demostraron situaciones de acoso laboral, había quedado cerrado el caso en cuanto al Comité competía (fl.205 a 212)

Aunado a la anterior documental, se recibieron los siguientes testimonios:

El señor **Jorge Arsenio Chaparro** quien manifestó ser sacerdote, conoció al demandante porque tuvieron una relación laboral desde enero de 2018 hasta cuando renunció. Asumió el cargo de ecónomo de la accionada, dentro de las funciones del demandante estaban las de desarrollar la parte administrativa de la Orden de los Agustinos Recoletos en donde el actor desarrollaba su trabajo como coordinador del sistema de seguridad y salud en el trabajo. Dijo que en el año 2019 le pidió un informe al señor Sergio porque tenía conocimiento que había cobrado más del salario a una de las empresas con las que tenía contrato la demandada y desde ese día el accionante le dijo que lo iba a demandar por acoso laboral.

Señaló que tuvo conocimiento que el actor había sido internado en la Clínica de la Paz dos días y luego había renunciado. Frente al cambio de puesto que le hizo al actor, señaló que había sido debido a que él estaba dedicado a la obra que se realizaba en la Universidad Agustiniana, lo cual no era lo propio de su contrato porque en este se determinaba que su gestión sería en todas las sedes y no únicamente en una obra que realizara la comunidad.

Viviana Vega Acuña, señaló ser la esposa del demandante; que sabe que el demandante estaba pendiente de los riesgos laborales de colegios,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

empleados, visitas etc. Lo visitó solo una vez en el trabajo en el año 2014, en un salón de una parroquia. Tuvo conocimiento que el demandante no se sentía muy bien con el trato del señor Jorge Chaparro y en una ocasión al escuchar una conversación entre él y su esposo, se dio cuenta que el Padre le había empezado a hablar fuertemente, le alzaba la voz y que a raíz de todo eso su cónyuge había tenido cambios a nivel emocional, ahora lo veía con ansiedad y miedo.

Sandra Liliana Cipagauta, señaló conocer al actor porque participo en el proceso de selección en 2014 y recibió su carta de renuncia. Dijo que el cargo del demandante tenía mucha independencia, que la comunicación de él con el Padre Chaparro era amigable, respetuosa, abierta, directa. Señaló que el actor había presentado señalamientos de gritos por parte del Padre, pero que ella nunca había evidenciado esas conductas. Indicó que los resultados del trabajo del demandante no se estaban viendo, pero que nunca hubo gritos, tan solo requerimientos para todos los empleados para el cumplimiento del trabajo. Refirió que se enteraron que el actor cobró aproximadamente 8 millones de pesos por crear el sistema de gestión, cuando lo correcto había sido prestar el servicio sin realizar ningún cobro adicional.

Martha Lucía Pérez, señaló conocer al demandante porque la empresa que representó Cootectur, tenía contrato hace 25 años con la demandada, que el actor se había acercado a su empresa a pedirle unos documentos el 8 de mayo de 2014 y él se acercó a la empresa a pedir respecto del sistema de salud ocupacional de la empresa, pero que como en ese momento no los tenían el demandante se había ofrecido a realizar el trabajo por un valor de 6 millones de pesos, que sólo después de un tiempo era que la testigo se había dado cuenta que el accionante no debió haberle cobrado por tal servicio.

Ángela Milena Mojica, ingeniera en seguridad y salud en el trabajo para la demandada, dijo que conoció al demandante porque trabajaron en el mismo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

sitio, indicó que el jefe directo de él había sido el señor Jorge Chaparro, que durante todo el tiempo percibió entre ellos una relación normal de jefe y empleado, nunca vio un trato displicente, desacomodado o despectivo y agregó que el sitio en donde el demandante trabajaba era muy cómodo.

Finalmente **Maribel Hernández Duque**, coordinadora de calidad del demandado desde 2011, conoce al demandante como trabajador de la demandada, que ella recibía las orientaciones del demandante para ejecutar el sistema, que asistió a un par de reuniones entre el señor Sergio y el Padre Chaparro y todas había transcurrido con normalidad.

Como se observa, ni con las pruebas documentales y tampoco con las declaraciones rendidas, se acredita la existencia de alguna conducta que pueda tipificarse como de acoso laboral; señala el demandante que fue víctima de malos tratos y de hostigamientos por parte del Padre Jorge Chaparro, sin embargo esa situación tan sólo se quedó en una afirmación, pues los testigos fueron contestes y coincidieron en señalar que lo que les conta de la relación entre el demandante y el Padre, es que fue cordial, normal, de jefe y empleado, que nunca evidenciaron malos tratos o actos discriminatorios por parte del Padre Chaparro hacia el señor Sergio Arévalo; si bien es cierto la esposa del demandante indicó haber escuchado una conversación entre el Padre y el actor, no menos cierto es que tan solo indicó que su cónyuge le decía al Padre que no le alzara la voz, más ninguna otra circunstancia se desprende al respecto.

Así las cosas, al no haberse acreditado durante el transcurso procesal las conductas constitutivas de acoso laboral alegadas por el demandante en su escrito de demanda, así como tampoco actos discriminatorios degradantes o atentatorios de la dignidad humana del trabajador y que pudieran considerarse como acoso laboral, no queda solución diferente a la de confirmar en este aspecto la decisión de primera instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

Ahora bien, en relación con la **indemnización por despido injusto**, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la C.S.J. en señalar que el hecho del despido le corresponde al trabajador y probar la justeza, al empleador.

Y en cuanto al despido indirecto, que es lo que señala la parte actora en los hechos de la demanda, ha señalado la misma Corporación que “debe resaltarse que cuando es el trabajador el que da por terminado el contrato de trabajo invocando causas imputables al empleador le corresponde a aquel probar los hechos que fundamentan su decisión y que estos constituyen justa causa para poder tener derecho a la indemnización por despido, de manera que la carga de la prueba la tiene el demandante”, sentencia 35999 de 2009.

Y en sentencia SL4691 de 2018, la misma Corporación expuso:

*“En cuanto a la **indemnización por despido indirecto**, debe recordarse que de manera pacífica esta Sala ha sostenido, que cuando es el trabajador quien da por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa imputable al empleador, atribuyéndole el incumplimiento sistemático de sus obligaciones, es la parte actora quien tiene la carga probatoria de demostrar ante el juez del trabajo, que efectivamente los hechos generadores del finiquito contractual ocurrieron.*

En punto del debate, debe rememorarse lo sostenido por esta Sala en la sentencia CSJ SL13681-2016, reiterada recientemente en la CSJ SL3288-2018, en donde puntualizó:

*Primeramente cabe recordar, que dentro de los modos de fenecimiento de la relación laboral, encontramos la decisión unilateral del empleador o del trabajador, bien con justa causa o sin justedad alguna. Si el empleador invoca una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). **Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las***



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.

Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa.”

Pues bien, en este asunto como se dijo al analizar lo relacionado con las conductas de acoso laboral, **el demandante presentó renuncia** exponiendo una serie de circunstancias que según él se imputaban a su jefe directo el Padre Jorge Chaparro, **a raíz de una serie de hostigamientos y malos tratos** recibidos por parte de él, empero **ninguna prueba se acreditó al respecto** y era carga probatoria de la parte demandante demostrar las circunstancias descritas en la misiva relacionada a folio 70 del plenario.

Así las cosas, no queda solución diferente a la de confirmar la sentencia consultada.

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 por lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019-412-01 Dte: SERGIO ANDRÉS AREVALO RUIZ Ddo.: ORDEN DE LOS AGUSTINOS RECOLETOS

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. 34-2019-023-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ARIZA GALLO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Sasha Renata Saleh Mora, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

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 de recurso de apelación interpuesto por el Banco de Bogotá S.A., revisa la Corporación el fallo proferido el 9 de septiembre de 2019 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante, la que solicita se confirme la sentencia de primer grado, las de las demandadas Colpensiones y Banco de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ARIZA GALLO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que laboró

para el Banco de Comercio, el que posteriormente se fusionó con el Banco de Bogotá, de forma ininterrumpida desde el 29 de noviembre de 1979 al 4 de julio de 2003, que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social por el periodo comprendido entre el 26 de agosto de 1985 al 4 de julio de 1986, por parte del Banco de Bogotá; que Porvenir S.A. y Colpensiones, deben iniciar las acciones pertinentes a efectos de incluir dentro de sus historia laboral el periodo no cotizado por el Banco de Bogotá, así como el mes de noviembre de 1994; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene al Banco de Bogotá a pagar los aportes pensionales por los periodos en mención, a Colpensiones y Porvenir S.A., a realizar las gestiones para incluir los mismos en su historia laboral y solicita finalmente se condene al Banco de Bogotá al pago de la costas procesales. (fls. 32 y 33)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 21 de marzo de 1979, realizando aportes al RPM hasta el 30 de noviembre de 1996, que su historia laboral refleja un total de 859,29 semanas cotizadas en el régimen pensional en mención, entre el 21 de marzo de 1979 al 30 de noviembre de 1996; que a partir del 1 de diciembre de 1996, se trasladó a Porvenir S.A., fondo en el que actualmente se encuentra afiliado, que laboró para el Banco de Comercio el que posteriormente se fusionó con el Banco de Bogotá, por lo que continuó desarrollando normalmente sus funciones en virtud de la sustitución patronal. Indica que para los Bancos en mención, prestó sus servicios entre el 29 de noviembre de 1979 al 4 de julio de 2003 y en la historia laboral expedida por Colpensiones, se observa como no cotizados los periodos comprendidos entre el 26 de agosto de 1985 al 3 de julio de 1986 y del mes de noviembre de 1994.

Afirma que de igual forma en sendas historias laborales expedidas por el entonces ISS y Porvenir S.A., tales periodos se encuentran sin cotizar y el Banco de Bogotá, ha expedido varias certificaciones en las que se observa que laboró para este, desde 1979 al 2003; por lo que solicitó ante Colpensiones la corrección de su historia laboral, entidad que le indicó que para el periodo de enero de 1986, se había reportado una novedad de retiro con efectos retroactivos a partir del 25 de agosto de 1985 por parte del empleador Bancomercio del Chicó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 a 4, y 10 y 11, referentes a las cotizaciones contabilizadas en la historia laboral del actor, su traslado al RPM y la solicitud de corrección de historia laboral que elevó ante esta entidad, así como la respuesta emitida a ella y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho a reconocimiento pensional, prescripción, buena fe e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones reclamadas. (fl. 71).

El demandado Banco de Bogotá S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 3, 5 y 6; referentes al número de semanas cotizadas por el demandante reflejadas en su historia laboral y la relación laboral de este con las entidades bancarias mencionadas y por los extremos temporales por él indicados y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Inexistencia de las obligaciones, buena fe, pago prescripción, cobro de lo no debido falta de título y causa y compensación. (fl. 89)

Porvenir S.A., no se opuso ni se allanó a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó el contenido en numeral 4 referente al traslado del actor al RAIS y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito de hecho exclusivo de un tercero, buena fe y falta de legitimación en la causa. (fl. 101)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el Banco de Bogotá S.A., entre el 29 de noviembre de 1979 al 4 de julio de 2003, declaró que este último, omitió la obligación legal de pagar aportes pensionales a favor del actor por el periodo en mención y lo condenó a cancelar los mismos desde el 26 de agosto de 1985 al 4 de julio de 1986 y entre el 1 al 30 de noviembre de 1994, previa emisión del cálculo actuarial por parte de Porvenir S.A., declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, absolviendo a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al Banco de Bogotá. (fl. 183)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Considera el despacho necesario realizar las siguientes precisiones inicialmente y si bien tanto la parte demandante como la pasiva Banco de Bogotá S.A afirma que efectivamente el señor Ariza gallo prestó sus servicios al banco del comercio en un primer momento siendo esto entre noviembre de 1979 y enero de 1993 y posteriormente continuar su vinculación al servicio del Banco de Bogotá desde febrero de 1993 al 4 de julio del 2003, los cierto es que mediante escritura pública núm. 3594, de 30 de diciembre de 1992, de la notaría 11 del círculo de Bogotá inscrita en la Misma Calenda, bajo el núm. 390.900, se acordó la fusión por absorción del Banco de Bogotá con el Banco de comercio, el primero de calidad de absorbente y el segundo como entidad absorbida conforme deviene del certificado de existencia y representación legal que obra en el plenario que reposa en el folio 119 a 155 y esa situación qué fue señalada por el demandante y reconocida por la pasiva. Igualmente denota del contenido del certificado o existencia y representación legal que el Banco de Bogotá SA., adquiere como universalidad jurídica todos los bienes, derechos presentes y futuros y adquiere las obligaciones a cargo del banco del comercio.

De otra parte, militan a folios 17,19 y 22 las certificaciones emitidas por el Banco de Bogotá, en las que se extractan lo siguiente: que Jorge Ariza gallo, quién se identifica con la cédula de ciudadanía núm. 162.69.485, presta sus servicios a esta entidad desde el 29 de noviembre de 1979, documental que advierte el despacho, no fue desconocida ni tachada de falsa por la pasiva; frente a la valoración de está clase de documentos, ha establecido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia del 8 de marzo de 1996, dentro del proceso con radicación 8360, reiterada posteriormente en providencia del 2 de agosto del 2004, con radicación 22259 y más recientemente, en la decisión del 23 de septiembre del 2009, que 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, pues no es usual que una persona falte a la verdad y de razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometan su responsabilidad patrimonial, ante el juez con este tipo de conductas eventualmente fraudulentas; por esta 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 en 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; razones éstas que para el despacho resultan suficientes para acreditar la existencia del nexo laboral entre el demandante Jorge Ariza gallo y el Banco de Bogotá por el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 1979 y el 4 de julio del 2003.

Igualmente, y de manera preliminar, ha de señalarse que, a tenor de lo dispuesto en el artículo primero del acuerdo 224 de 1996, se prescribió como mandato a cargo de quien ostenta en la calidad de empleador al realizar la afiliación al subsistema de Seguridad Social en pensiones de sus trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo; esa obligación, que no emana de manera inmediata, pues debía comportar tanto el análisis de la calidad de trabajador bien público o privado, como el territorio en la prestación de servicios y fuera en razón de ello, que el otrora Instituto de seguros sociales, mediante resolución 831 de 1966, indicó que a partir del primero de enero de 1967 serían las jurisdicciones de Antioquia, Cundinamarca, Quindío, Valle, Boyacá, Huila, Manizales y Santa Marta, las que estarían cubiertas y por lo tanto en los sitios geográficos restantes, las prestaciones continuarían en el haber del empleador, siendo entonces la afiliación un imperativo desde la promulgación de la ley 100 de 1993. No obstante, y aun cuando la afiliación no fuere posible ejecutar por falta de cobertura, ello no comporta que las empresas no se encontrarán con prendidas en realizar aprovisionamientos de capital para cubrir la contingencia, tal y como se dispuso en el artículo 72 de la ley 90 de 1946, mandato que concuerda con lo dispuesto posteriormente por el artículo 76 de la norma en cita; igualmente, el despacho se remite a los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia en torno a la obligación del pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, como se sostuvo desde las sentencias, S.L 9856 del 2014 y S.L 17300 del 2014, que cuando el empleador no afilia a sus trabajadores, independientemente de la razón que tenga, no sé desliga de sus obligaciones frente al sistema de Seguridad Social; de manera que sigue teniendo ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión y si ello es así, los tiempos en que no hubo afiliación pueden encontrar abrigo en lo dispuesto en el literal C del artículo 33 de la ley 100 de 1993, en su redacción original que legitimaban cómputo de esos tiempos, ese postulado fue reiterado posteriormente en la sentencia, S.L 3892 del 2016, con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, constituyéndose así con los 3 pronunciamientos citados y en el mismo sentido, la figura de la doctrina probable

y de contera vinculante, para el despacho judicial, al momento de fallar casos análogos de esa manera y conforme a los apartes jurisprudenciales citados y las normas traída a juicio de manera preliminar, es claro que aquella obligación del empleador omiso, cualquiera que sea su razón, es la de pagar los aportes a pensión dejados de cancelar a sus trabajadores.

Descendiendo al caso concreto se advierte que el reparo elevado por el demandado Banco de Bogotá se funda en señalar que, durante la vinculación laboral del demandante tanto en el Banco de comercio como en el Banco de Bogotá, las entidades realizaron los correspondientes aportes a las administradoras de pensiones para el caso que nos atañe en ese entonces, el Instituto de seguros sociales, hoy administradora colombiana de pensiones col pensiones y que a su vez no entienden por qué para los periodos por los cuales, ruega el actor, su pago no se encontraban registrados, adicional a ello, señalan que para los periodos reclamados no existía planilla de pago. Sin embargo, obra a Folio 15 de las diligencias la comunicación emitida por la administradora colombiana de pensiones col pensiones, en la cual señaló que verificadas sus bases de datos, se logró establecer que el empleador Bancomercio del chico en el ciclo 1986 01, reportó una novedad de retiro con efectos retroactivos asentada para el día 1985 08 25 por lo tanto, no es procedente efectuar corrección alguna de la historia laboral, toda vez que se trata de una novedad de retiro con efectos retroactivos y no se encontraron registros de pago a su nombre; así mismo, la documental vista a folio 16 correspondiente de la comunicación BZ 201811304381143127 del 15 de febrero del 2018, que fuera emitida por la administradora colombiana de pensiones ratificó lo antes señalado.

Sumado a lo anterior y una vez revisada la historia laboral del demandante, que obra a folio 79 a 81, efectivamente se extrae que los periodos señalados por el actor como impagos por parte de su ex empleador no figurar reportados, Así mismo de la revisión del expediente administrativo aportado por la administradora colombiana de pensiones, col pensiones, se evidenció el reporte de semanas cotizadas, periodo 1967 a 1994, que para los periodos comprendidos entre el 25 de agosto de 1985 al 4 de julio de 1986 no se reporta aporte alguno por parte de la entidad financiera demandada, misma suerte que corre el periodo del mes de noviembre del año 1994, registrándose una novedad de retiro para dichos periodos. Así las cosas, y si bien es cierto, el demandado Banco de Bogotá alega que es efectuaron los aportes a la Seguridad Social en pensión por los periodos rogados por el señor Ariza gallo, no es menos cierto que al plenario no se allegó probanza alguna de los mencionados pagos, por lo que no se evidencia que la pasiva Banco de Bogotá cumpliera la carga probatoria que alude el artículo 167 del CGP, siendo las pruebas el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alega ante las autoridades judiciales, como lo indicó la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, señaló Por manera que al no demostrarse que, en efecto, la demandada Banco de Bogotá realizó el pago de los aportes entre el 26 de agosto de 1985 al 4 de julio de 1986 y del primero al 30 de noviembre de 1994 lo innegable, concluir que esa entidad bancaria debe pagar los mismos a entera satisfacción de la administradora de fondos de pensiones donde se encuentra actualmente afiliado el demandante, previa emisión del cálculo actuarial realizada por la misma entidad pensional, se declaran en consecuencia no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada Banco de Bogotá, denominadas inexistencia de la obligación, compensación y buena fe.

Se colige tanto de las pretensiones como de los hechos de la demanda que en primer término el señor Ariza gallo estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en ese entonces por el Instituto de seguros sociales. Hoy por Colpensiones entre el 21 de marzo de 1979 al 30 de noviembre de 1996, que posteriormente el demandante efectuó una afiliación al régimen de ahorro individual en la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir SA., con vigencia a partir del 1 de diciembre de 1996, lo anterior fue reconocido por las administradoras demandadas en su escrito de defensa y que este despacho corrobora de conformidad con las pruebas aportadas al plenario vistas a folios 77 a 81 y 113 a 110; por manera que únicamente le correspondería a la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir siendo la entidad pensional del demandante, generar el respectivo cálculo actuarial para que su ex empleador que omitió su obligación de pago de aportes los cancele y como ya se advirtió de sustento jurisprudencial que propone el despacho, la entidad pensional debe tener en cuenta el tiempo servido como tiempo efectivamente cotizados de esa manera y dada la demostración de la existencia de la relación laboral entre el actor y el Banco de Bogotá solamente está sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir debe generar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 26 de agosto de 1985 al 4 de julio de 1986 y del 1 al 30 de noviembre 1994 en esa medida se declara no probada la excepción de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, por cuanto el actor no pretende de colpensiones en este juicio el derecho a la pensión, pues únicamente requiere la elaboración del cálculo actuarial y la consecuencia, la obligación de pagar los aportes faltantes por su ex empleador, Banco de

Bogotá; respecto a la excepción de buena fe, propuesta tanto por la Colpensiones como por Porvenir, no tiene vocación de prosperidad por cuanto las pretensiones de la demanda van dirigidas sobre un rubro con una fuente distinta a la de las arcas del ente pensional pues se reputa una omisión del empleador y no una responsabilidad en cabeza de la administradora, es decir, que la buena o mala fe con la que haya actuado el fondo de pensiones para el asunto es irrelevante, pues dicha acción carece de nexo en la causa petendi, la misma suerte en consecuencia, correrá la denominada imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas que fuera formulada como medio exceptivo por la Colpensiones, admitiendo que tanto el Banco de Bogotá como Colpensiones, propone por vía de excepción, la prescripción resulta oportuno decir que su ataque va dirigido sobre las sumas que deben pagarse por concepto de cotizaciones a pensión es claro en consecuencia, para el despacho que resulta improcedente pretender que mientras el derecho a la Seguridad Social y puntualmente el derecho a la pensión sean de naturaleza imprescriptible e irrenunciable, los elementos que la componen no solo lo sea, pues la configuración de la prestación obedece precisamente a la concurrencia de los requisitos, cumplimiento del tope mínimo de semanas cotizadas y la edad de esa manera desconocer la imprescriptibilidad en las unidades que componen el derecho es desconocer en el derecho mismo.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El demandado BANCO DE BOGOTÁ, señaló:

No es objeto de debate el vínculo laboral que existe entre demandante y las demandadas para la época que estamos hablando, ya existía cobertura y estamos hablando en la ciudad de Bogotá, ya existía cobertura para el pago de los aportes, el señor ya se encontraba afiliado, así se aporta en el documento especial de afiliación que ya está en la presente Litis, también se señala su señoría y a los señores magistrados que el Banco de comercio y Banco de Bogotá realizó los aportes a la Seguridad Social de pensiones, a la administradora que se encontraba afiliado para el año 1985 1986 al I.S.S o el Instituto de seguros sociales en su momento los periodos que estamos hablando durante esos periodos, el actor como vemos señalado, se realizaron los pagos y no había una detallado de los trabajadores, el ISS señalaba en cuánto era en su totalidad y así se realizaron también los pagos durante los 24 años que estuvo vinculado el señor; aquí se relaciona también que existe mala fe, pero no hay mala fe de mi representada y hemos señalado que se realizaron los pagos como tal y hay una presunción que señala el artículo 1628 del Código Civil, en el que manifiesta que en caso de que por analogía es aplicable también al tema laboral y dice que, en los pagos de los periodos de la carta de pago de 3 periodos determinados y consecutivos para presumir los pagos de los anteriores pedidos, siempre que se hayan efectuado entre el mismo acreedor y deudor, situación que concurre aquí porque efectivamente solamente está pasando por solo periodo de un año y luego un mes que tenemos acá que hace falta se reclama el señor demandante y que nuestra empresa está segura, que realizó sus aportes, no es de recibo para nosotros o para el banco que efectivamente colpensiones manifieste que hubo un tiempo que se realizó, fue un reporte de retiro, una novedad para el banco, por parte del señor situación de la que no hay prueba, pero si no están indicando que la prueba solamente tiene que ser para la demanda, resulta que después de que estamos hablando de los años 85 y 1986, cuando estamos hablando ya más de 34 años para traer unos aportes que efectivamente ni siquiera se hacían en unas planillas hacían los aportes y ya son 35 años, igual nosotros como entidad no somos obligados a lo imposible, es complicado venir a traer en estos momentos, tales pruebas que el banco como tal lo realizó y desafortunadamente aquí la señora juez que no traemos prueba, pero estamos hablando de 34 años que así es como imposible, o somos obligados a disposición de las pruebas que efectivamente no se encuentran en nuestro poder y sumado a ello que estamos hablando, señor estuvo vinculado al banco del comercio y al Banco de Bogotá.

Es cierto que una sustitución y pasa mucho las obligaciones, pero no se encontró ninguna Planillas o ningunos aportes que efectivamente lograrán, para contradecir este dicho que está señalando la señora juez Es cierto que el banco responde y siempre respondía, y ha cumplido con sus deberes como empleador, haciendo los aportes a la Seguridad Social de manera oportuna y a todos sus trabajadores, a todo el sistema de Seguridad Social integral en esas condiciones y de acuerdo a las probanzas que traemos nosotros, porque no tenemos más, es de señalar nuevamente que el banco Bogotá, actuó de buena fe, de manera honesta, con el sentido de honrados, de tener efectivamente su conciencia limpia, de haber cancelado todos los aportes a la Seguridad Social al Seguro Social en su momento que extrañamente no aparecen registrados, pero efectivamente se pagó, se afilió, se le hizo los las verdaderas

deducciones, pero no aparecen en su historial laboral, pero el banco reitera que realmente y efectivamente se hizo los aportes, Ahora bien, en caso tal de que el Seguro Social en su momento no voy a hacer o se da cuenta O es avizorado que estaba registrados esos tiempos del señor del demandante tenía otras formas de hacer los cobros, un tema combativo o requerir a la entidad que efectivamente no había hecho los aportes por su trabajador y como lo señaló en su momento, o en ese momento las planillas no detallaban, pero si hacía esos aportes como lo señalaba la ley.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la relación laboral del señor Jorge Ariza Gallo, que tuvo lugar con el Banco de Bogotá entre el 29 de noviembre de 1979 al 4 de julio de 2003, como se determina de certificaciones de naturaleza laboral expedidas por este último y visibles a folios 19 y 22 del plenario; las que de igual forma, no fueron tachadas, relación laboral que conforme al contenido de la documental en cita, se concluye que fue **continua e ininterrumpida**; habiendo sido aceptado de igual forma, la sustitución patronal que operó entre el Banco de Comercio y el Banco de Bogotá.

Así las cosas, bien sabido es que una de las obligaciones del empleador para con el trabajador en virtud de la relación laboral que los une, es el pago de aportes pensionales a favor de este último la que se encuentra consagrada en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señalando la norma en comento que para este efecto, el empleador debe descontar al trabajador la proporción correspondiente a su aporte, para trasladarlo a la entidad de seguridad social elegida por el trabajador.

El fundamento de dicha obligación de realizar aportes pensionales a favor del trabajador, lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en reciente sentencia SL 220 del 3 de febrero de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, en la que se indicó:

“El eje fundamental y principal basamento de lo aquí discurrido es entender que el trabajo es la actividad sobre la cual descansa la construcción de la prestación pensional a lo largo de los años y que esa actividad se expresa en términos de tiempo de servicio o semanas cotizadas, que como ha dicho la Corporación en cuanto a los trabajadores subordinados, pueden haber sido sufragadas o no, porque siempre se podrá acudir a las herramientas o instrumentos que han sido diseñados con el propósito de obtener la financiación del derecho que potencialmente se vaya a reconocer: título pensional, bono pensional o cálculo actuarial”.

Conforme lo señalado en precedencia, igualmente quedó demostrado que entre el 25 de agosto de 1985 al 4 de julio de 1986 y por el periodo de

noviembre de 1994; el Banco empleador, no efectuó los aportes pensionales a favor del actor; aun cuando se encontraba vigente la relación laboral con este, circunstancia que se corrobora con documental contentiva de historia laboral visible a folio 78 y traída al proceso por la demandada Colpensiones, entidad que le señaló al actor que el entonces Bancomercio del Chicó, había reportado una novedad de retiro en el ciclo de 01 1986, con efectos retroactivos desde el 25 de agosto de 1985 y en cuanto al mes de noviembre de 1994, de igual forma le indicó que no había registro de pago de dicho ciclo.

Indica el Banco demandado en su recurso como en sus alegatos que efectuó los aportes pensionales durante toda la vigencia de la relación laboral; no obstante ello, no cuenta con los soportes, pues para la época en que no se registra el pago de los mismos, no se entregaba por el ISS, comprobante de pago alguno; aunado a lo cual, nunca reportó la novedad de retiro señalada por Colpensiones. Al respecto, no resulta de recibo la afirmación según la cual, no se entregaban soportes para la época por parte del ISS, pues en sede judicial se han aportado comprobantes de pago de aportes pensionales inclusive más antiguos expedidos por el ISS y si bien como lo indica el Banco recurrente, es difícil contar con los mismos luego de más de 30 años, lo cierto es que tal circunstancia, no puede ir en detrimento del derecho pensional del actor, que como bien es sabido, es irrenunciable e imprescriptible; siendo deber del empleador, conservar las pruebas de dan cuenta del cumplimiento de sus obligaciones para con sus trabajadores.

De igual manera, no resulta procedente como alega la entidad recurrente dar aplicación a las previsiones del artículo 1628 del Código Civil, presumiendo que fueron pagados por su parte los aportes pensionales reclamados, dado que es claro que tales disposiciones no gobiernan los asuntos de que conoce esta jurisdicción y ninguna norma del Código Sustantivo del Trabajo, remite por analogía a dicho ordenamiento.

Ahora y en cuanto al argumento según el cual, nunca reportó la novedad de retiro que indica Colpensiones existió para el caso del actor; si bien esta última no aportó prueba de tal afirmación, como bien lo señaló la decisión de primer grado, le correspondía al Banco demandado allegar medio probatorio que permitiera determinar con certeza el cumplimiento de su obligación de pago de aportes por los periodos reclamados, lo que en efecto, no ocurrió; no

pudiéndose endilgar a la entidad de seguridad social en mención omisión en el cobro de aportes pensionales, como peticiona en sus alegaciones pues para el caso particular, no se configuró mora en el pago de los mismos sino **falta de afiliación**, la que es subsanada con el pago de cálculo actuarial, previa elaboración como se indicó en la sentencia bajo estudio de este por parte de la entidad de seguridad social para la que se encuentra afiliado el actor, como lo es Porvenir S.A., cuestión que no ofreció reparo.

Por lo señalado en precedencia, se **confirmará** la decisión de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

Sin costas en esta instancia.

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 recurrida, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSY
MAGISTRADO .

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO
DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FILADELFO TIQUE
RODRIGUEZ VS BANCO POPULAR S.A. RAD N° 36 2015 872 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,

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 **FILADELFO TIQUE RODRIGUEZ**, instauró demanda a través de apoderado y en contra del **BANCO POPULAR S.A.** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se condene a la demandada al reintegro del actor al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o mayor categoría, junto con las pretensiones consecuenciales del reintegro. Como pretensión primera subsidiaria, solicita se declare la ilegalidad del despido: como pretensión segunda subsidiaria, solicitó se declare que la terminación del contrato laboral no produjo efectos. Como tercera pretensión subsidiaria, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto contenida en la convención colectiva de trabajo. Solicitó como pretensión cuarta subsidiaria el reconocimiento de los daños y perjuicios ocasionados. (fl.-283-284).

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 17 de julio de 1976, en la ciudad de Montería en la Ofic. Plaza de Mercado, desempeñando los cargos de auxiliar de Aseo y Cafetería, celador y cajero principal.
- Que la relación laboral terminó el 4 de agosto de 2015, alegando una justa causa y con un salario para dicha data de \$2.934.333,33.
- Que en la entidad se encuentra vigente la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Banco demandado y la UNEB.
- Que se le imputó el pago de 192 cheques por valor de \$1.346.368.927 millones de pesos por ventanilla, cuyo tipo de letra del endoso es similar para todos. Adicionalmente que revisadas las cámaras de seguridad se observa que en las horas de proceso de dichos cheques, no se encontraban beneficiarios al frente de las casillas de cajeros.
- Que explicó la anterior imputación, conforme a las instrucciones y participación de sus superiores jerárquicos.
- Que sus superiores eran las señoras SORAYA ARTEGA SUAREZ y SOMEYA VANESSA FARÁH QUIRÓZ.
- Señala que para efectuar su despido, no se siguió el procedimiento establecido en la convención colectiva de trabajo. (fl.- 284-289)

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 7.1.1, 7.1.2, 7.1.3, 7.1.4, 7.1.12, 7.2.1, 7.2.2, 7.2.3, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.5, 7.3.21, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, justa causa para la terminación del contrato, compensación e inconveniencia del reintegro. (fl.- 334-349)

Tramitada la primera instancia, la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, 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.

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

“También está suficientemente probado y no fue objeto de controversia la existencia de ese vínculo contractual de naturaleza laboral, en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido que unió a las partes del 17 de julio de 1976 al 4 de agosto de 2015, que el demandante era cajero principal, que su salario básico mensual era de \$2.048.280. lo que además se corrobora con la liquidación definitiva de prestaciones allegada a folios 22, 23, 400 y 401, con la carta de terminación del contrato de folios 260 a 273 y 386 a 399, la certificación laboral del 13 de agosto de 2015, de folio 274, y la copia del contrato de trabajo que obra a folios 364 a 366. La carta, ya mencionada, mediante la cual se dio por finalizado el vínculo contractual del actor, recordemos, del 4 de agosto de 2015 se sustentó básicamente en que el demandante, según la empresa, cometió faltas graves, que además le habían sido dadas a conocer en la diligencia de descargos, así en el escrito en cuestión, reitero de folios 260 a 273 y 386 a 399, se le endilgo al señor Tique Rodríguez que: “usted efectuó el pago de 192 cheques por \$1.346.368.927 por ventanilla cuyo tipo de letra del endoso es similar para todos, adicionalmente, revisando los videos de seguridad, se observó que en las horas de proceso de dichos cheques, no hay beneficiarios al frente de las casillas de los cajeros que procesaron los pagos, mas adelante dice, movimiento efectivo sin el cumplimiento del control dual en la apertura de caja auxiliar para el pago de 59 cheques, por cuanto usted como cajero principal retira el dinero y lo deja en el piso de su taquilla, y posteriormente le entrega el dinero a la asistente administrativa quien lo custodia en la caja de seguridad del banco, asignada para custodiar papelería enumerada de la oficina, mas adelante, proceso de operaciones en caja antes del inicio de la jornada laboral de la tarde y en otras ocasiones se observa el ingreso de clientes en horarios en que la oficina está cerrada. Mas adelante se reversan por usted 4 cheques pagados por caja, por valor de \$70.000.000 después del cierre de la jornada al público y posterior a la hora de su pago, mas adelante, no se evidencia el reintegro físico del dinero por parte del beneficiario del cheque y más adelante también se dice, los hechos aquí señalados constituyen justa causa para la terminación de su contrato de trabajo por parte del banco, pues quedo demostrada su actuación negligente, omisiva e irregular orientada al favorecimiento de terceros y cumplimiento con sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, desconociendo el numeral 53 del artículo 91 del reglamento interno de trabajo en armonía con el artículo 58 del numeral 1 del código sustantivo de conducta, ameritando en consecuencia dar por terminado con justa causa su contrato de trabajo

y a continuación de allí se mencionaron disposiciones del reglamento interno de la convención colectiva y las previsiones de ética y conducta, todo ello expresamente a folio 273. Por ende, corresponde entonces al despacho establecer si efectivamente los hechos expuestos por la encartada existieron y además si ellos pueden ser tenidos como una justa causa que diera lugar a la terminación del contrato de trabajo, punto en el cual se coincide con lo expuesto por el apoderado de la parte demandante en sus alegatos, en cuanto a que la carga de probar estas circunstancias en efecto corresponde al extremo demandado. Se aportaron a folios 226 y 227 oficios del 16 de julio de 2015, por medio de los cuales se citó al entonces trabajador a la diligencia de descargos y la comunicación de dicha circunstancia a la organización sindical a la cual el estaba afiliado, a folios ya 228 a 259, están esas actas de la diligencia de descargos y de las cuales desde un comienzo el despacho quiere resaltar los siguientes aspectos: cuando se le preguntó al demandante por el pago de los 192 cheques por valor de 1.346.000 millones el además de aclarar que no fueron pagados en un solo día sino en 3 ocasiones, mas adelante dijo lo siguiente: “estos cheques una vez pagados son escaneados, ya que la señora Lilian, luego puntea contra el listado que ella maneje y para evitar que se traspapele, se escanean antes de entregarlos para su punteo y confrontación con el mencionado listado. Este proceso ha hecho que algunos cheques que aparecen sin el endoso de ella en el aplicativo ombase, en el físico tengan el endoso, pero en todo caso es muy claro quien cobra los cheques y quien retira el efectivo por concepto de dichos pagos, muchas veces estos pagos se hacen cuando la oficina está cerrada, repito, que cierta consideración que se tiene ya que el cliente o los clientes de la oficina plaza de mercado, en su mayoría, no les gusta que se les pague en frente de las cajas cuando es una suma considerable de dinero por las razones antes expuestas. En el folio 256 expuso lo siguiente: el proceso de operaciones en caja antes del inicio de la jornada laboral siempre se ha dado con el pago del hospital, lo anterior debido al volumen de pagos y que por el tope de la oficina a veces hay que esperar que la transportadora llegue con el dinero, en algunas ocasiones, el usuario generalmente siempre espera en la gerencia debido a lo demorado del proceso, teniendo en cuenta que casi siempre lo cobra los señores que ya mencioné. También en este folio se lee respecto del reverso de cheques del día 10 de abril de 2015: “por el volumen de trabajo y lo tarde la hora, omití imprimir los respectivos listados de reversos, admito mi falta, pero todo obedeció al cansancio y agotamiento de la jornada diaria. Y en el folio 257 sobre la reclamación por posible estafa dijo: es cierto que omití por el volumen de operaciones verificar que el cheque tuviera las dos firmas, pero esto ya fue ratificado por el señor William Jagualsi, de todas maneras me hago responsable de cualquier reclamación que genere dicho pago. Cuando se le preguntó por el cambio de claves y manejo dual, expuso en ese mismo folio se lee 257: quiero si reconocer que antes de la visita de auditoria en algunos casos cuando no había efectivo guardado en la bóveda, porque la mayoría de las veces la oficina cierra prácticamente sin dinero, por lo bajo del tope autorizado, he programado yo solo las cajas, pero lo anterior aunque es una practica no permitida, creo que el

hecho de que pueda hacerlo y lo digo sin intención de justificarme, es la confianza que me he ganado de mis superiores. Por último, a folio 258 y sobre este mismo tema cuando se refiere a la gerente a Soraya Arteaga Suarez, en cuando a que ella se le haya llamado a diligencia de descargos dice: “pero ella no es responsable de las verificaciones que me competen, de la avisación en caja del manejo del efectivo que tengo a mi cargo, es decir, de cuestiones operativas que son las que se cuestionan en dicho informe, ya que en la mayoría de los pagos del hospital, ella se encontraba fuera de la oficina, porque como es sabido, y como le recalcan a los gerentes en las reuniones que hacen en la oficina, cuando hemos tenido visitas de los gerentes de zona, siempre dicen que el gerente debe estar por fuera vendiendo, y creo que es mi responsabilidad moral reconocer que ninguna de las omisiones antes señaladas han sido de su competencia.” Fueron allegadas también a folios 379 a 382 unos oficios dirigidos al señor Tique Rodríguez desde el 2 de enero de 1998 hasta el 10 de diciembre de 2013 en los cuales se le reiteraba la obligación de seguir los protocolos de seguridad de la entidad, debido a que se habían evidenciado irregularidades en este aspecto en su desarrollo o en su desempeño laboral, tenemos también allegado como prueba a folios 409 a 442 con sus anexos de folios 462 a 471 y 600 a 714 el informe de seguridad del 14 de julio de 2015, reitero, en el que aparece el detalle de todas las operaciones realizadas que corresponden a 330 cheques por \$1.819.000.000 por ventanilla en los cuales se estableció que el tipo de letra del endoso es similar para todos ellos, adicionalmente allí se estableció que revisados los videos de seguridad se observó que en las obras en las que se dio tramite a dichos cheques no había beneficiarios al frente de las casillas de los cajeros que procesaron los pagos, que también se evidencio movimiento de efectivos en el cumplimiento de control dual en la apertura caja auxiliar para el pago de 59 cheques por cuanto el cajero principal, esto es, el demandante, retira el dinero y lo deja en el suelo de la taquilla y posteriormente lo entrega a la asistente administrativa, quien lo custodia en la caja de seguridad del banco asignada para custodiar la papelería numerada de la oficina, que también se evidenciaron procesos de operaciones en caja antes del inicio de la jornada laboral de la tarde y en otras ocasiones se evidencio el ingreso de clientes en horarios en los cuales la oficina estaba cerrada al público. Como prueba también se aportó a folios 472 a 480 un dictamen sobre los documentos de la cuenta corriente del cliente hospital san José de tierra alta en el cual se estableció con certeza que había unos endosos realizados por la misma persona en cuanto a los cheques de los firmados o suscritos mas bien, estos endosos por Ana Mercado y que también correspondían a otra persona los de Álvaro Gómez pero que no se pudo concluir que los cuatro endosos efectivamente fueran efectuados por la misma persona, y tenemos también un informe de auditoria interna que obra a folios 481 a 496 de la que se resalta la conclusión que se lee a folio 485 que corresponde al ítem pago masivo y consecutivos de cheques por caja y por cuantía significativas en horarios no autorizados para la atención de clientes a la oficina, incumplimiento en el proceso de pagos de cheques por ventanilla por fuera del horario bancario y en la que además de evidenciarse el

movimiento de cheques ocurrido entre el 1 de marzo y el 13 de mayo de 2015, se aclaró que las operaciones allí referidas por ejemplo en el numeral 2 eran procesadas por un solo cajero con un promedio de 3 cheques por minuto y encontrándose girados a diferentes beneficiarios. En cuanto a las pruebas practicadas en este despacho tenemos primero, reconocido por el demandante que efectivamente conocía del reglamento interno de trabajo del banco, también mencionó en esta diligencia que entre el 10 de abril y 12 de mayo de 2015 registró efectivamente operaciones por fuera del horario de atención al público, mencionó que efectivamente había unos cheques girados por la cuenta hospital de tierra alta que el pagó cuando no tenía persona al frente de la caja, también acepto en esta diligencia que había reversado operaciones concluidas de los cheques pagados, justamente de esa cuenta del hospital de tierra alta, que igualmente había pagado cheques del hospital de tierra alta cuya fecha era anterior a los 6 meses, que ya tenían mas de 6 meses de vigencia, que cuando se le pregunto por los cheques que no tenía continuidad en los endosos también dijo que efectivamente faltaba el correspondiente a la tesorera del hospital, pero que debido al tiempo habían acordado que con posterioridad refrendarían esos endosos, acepto igualmente en esa diligencia que si se había pasado del tope de efectivo en su caja, lo que justificó en que de lo contrario no habría dinero con el cual pagar esos cheques, también dijo que efectivamente había puesto un dinero en esa oportunidad que se le refirió en la diligencia de descargos y posteriormente en la misiva de terminación del contrato en el piso porque él no podía, según manifestó, exponerlo a los delincuentes ya que la ventana quedaba cerca a la calle. Cuando se le preguntó si sabía que la falta de continuidad de los endosos era una irregularidad que no permitía el pago del título valor dijo que si, y también acepto que no hay algún procedimiento dentro del banco que autorice que otro funcionario le modifique o altere sus funciones de cajero principal, y que tampoco estaba en el reglamento del banco que se pudiera subsanar al día siguiente la irregularidad presentada en la continuidad de los endosos. Esto en sentir del despacho, pues evidencia la aceptación como lo dijo el apoderado de la parte demandada de todas esas conductas que le fueron achacadas al señor Tique Rodríguez y que efectivamente según el mismo lo expone iban en contra de todos esos protocolos de seguridad y reglamentos que él debía tener en cuenta para esa actividad de, entre otros, custodiar dineros de terceros que correspondía a la de cajero principal de esa oficina del banco popular, y es que además el demandante intentó o mencionó en esta diligencia y en oportunidad anterior durante el trámite surtido con la empresa, que varias de esas circunstancias se habían dado por ordenes impartidas por la asistente administrativa o por superiores jerárquicos, por ejemplo con relación al registro de operaciones por fuera del horario de atención que por ejemplo cuando había pagado los cheques sin la persona al frente de la caja, dijo que efectivamente no estaban allí pero que si se encontraban en la oficina del asistente administrativo, dijo que había reversado las operaciones de los cheques pagados al hospital de tierra alta por orden del director y del asistente administrativo, que el tema de la continuidad d ellos

endosos que no se había presentado se había acordado con sus superiores y con las personas que tenían que ver con el manejo de la cuenta que posteriormente se refrendarían, pero vemos que estas circunstancias primero, no aparecen suficientemente probadas, el que efectivamente la persona no estuviera al frente de la caja pero si en la oficina del asistente administrativo o que a el se le haya dado la orden de revisar las operaciones y demás y en todo caso en sentir del despacho si se hubiere podido acreditar fehacientemente que reitero no lo fue alguna de esas circunstancias, pues lo que la actitud del trabajador debió ser la de ponerla en conocimiento de la instancia competente del banco, en caso de que se le ordenara realizar alguna actividad por fuera de esos protocolos de seguridad del banco o incluso de que se le modificaran sus funciones como cajero principal cuando eso no estaba autorizado y no por el contrario entrara a cometer todas estas conductas o actos que vemos iban justamente en contravía de todas esas instrucciones y ordenes que el tenía establecidas en su condición, reitero, de cajero principal. Las declaraciones de los otros testigos, principalmente de los señores Jaime Hernán Ospina Gil y Carlos Alberto Escobar Rivillas, en sentir del despacho, lo único que hacen es ratificar todas estas circunstancias que ya se verificaron en esas auditorias y en esas investigaciones que se hicieron directamente por la demandada y además que el actor efectivamente reconoció, puesto que el señor Ospina Gil efectivamente nos confirmó que había verificado cuando había hecho a raíz de una visita regular a la oficina de plaza de mercado de Montería, había podido evidenciar que existían reversos o anulaciones de cheques en el sistema, sin los soportes correspondientes, que además se habían hecho en los horarios posteriores al cierre de esa oficina, que además había podido verificar que todos correspondían a una misma cuenta, que era la del cliente hospital San José de tierra alta, que los endosos aparentemente estaban todos efectuados con el mismo tipo de letra, que además varios de esos cheques correspondían a sumas altas por fuera de la oficina, que una vez había verificado el testigo los videos de seguridad había evidenciado que las personas que actuaban como endosantes de esos títulos valores no estaban en la ventanilla del cajero, que incluso se había podido ver también allí que al pagar los cheques, el dinero se lo entregaba el aquí demandante a la asistente de oficina, que los cheques se les llevaban a ella y ella recibía el dinero, y que la explicación que había dado esta persona, la asistente, era que se trataba de un cliente especial al cual debían atender. Explicó el testigo que para el pago del cheque había dos momentos diferentes, uno cuando el cliente lo entrega y otro cuando el cajero a su vez le entrega el dinero, que cuando se anula un cheque el dinero debía volver a la cuenta de la cual efectivamente se había hecho el débito, que en la reglamentación del banco no se exige en ningún caso la presentación del cliente en la ventanilla, que se puede dar la circunstancia de que se atienda eventualmente en la oficina de gerencia, pero que siempre debe estar presente, y que en el caso en concreto se había verificado que todos los cheques tenían el mismo tipo de letra en los endosos pero diferente número de cedula y que además todos habían sido pagados por fuera del horario en que abrían o atendían al publico en esa oficina

de trabajaba el demandante. También dijo este testigo que era imposible que el actor hubiera podido procesar 3 operaciones en un minuto, que no era humanamente posible hacer esa circunstancia, que el tomó unas fotocopias de esos cheques con esos endosos y que posteriormente cuando el jefe de seguridad había pedido los originales habían aparecido finalmente con los endosos correspondiente esos títulos valores. El testigo también señaló que si el cajero evidenciaba inconsistencias como por ejemplo en esas continuidades de los endosos no debía pagar el cheque, lo debía devolver, que normalmente no se debe reversar el pago de un cheque, que para eso existe un proceso previo de validación y que además el demandante según se verificó también tuvo temas de manejo indebido de efectivo fuera de la bóveda, que abría la caja solo sin la presencia del asistente administrativo cuando está establecido que el manejo de la misma debía ser dual, que además habían superado los topes máximos, que nos explico eran de 20 millones en cada uno de los cofres y en el piso se había podido verificar que tenía mas dinero que esa suma, el cual además se lo entregaba el demandante a la auxiliar administrativa en una caja y que el valor coincidía con los de los cheques del hospital de tierra alta. También dijo que el banco no tiene estipulado que el cliente pueda pedir la reversión de los cheques después de que sea llevado o entregado el efectivo, que eventualmente el reverso se puede hacer por el cajero, pero con la clave de supervisión del asistente administrativa y que varios de los cheques que presentaron esta circunstancia no tenían esa autorización o un visto bueno de la asistente administrativa. El otro testigo, el señor Escobar Rivillas también nos hablo de esos reversos de caja que no eran habituales y que se habían encontrado a raíz de la comisión que se le otorgó en 2015 para auditar la oficina de Montería en la cual el demandante fungía como cajero principal, que esos reversos únicamente se pueden efectuar por temas de inconsistencias en el valor, en el numero del cheque o por alguna equivocación del cajero, que en su momento había encontrado 4 reversos de 4 cheques de la misma cuenta en la taquilla en la cual estaba desempeñando los servicios el señor Tique Rodríguez, que además su compañero, el del testigo, había encontrado otras inconsistencias que tenían por ejemplo que ver con la falta de continuidad de los endosos de esos cheques o de los pagos de algunos que se pagaron después de 6 meses, que requerían haber sido salvados y además visados, que en la reglamentación del banco está establecido que si se debe realizar alguna circunstancia de estas por error no puede el cajero decirle al cliente que le devuelva el dinero, que también se han verificado procesos antes de las 2 de la tarde y después reversados sobre las 6 de la tarde, sin que se haya observado el reintegro del dinero al banco, que el cliente no puede solicitar el valor por la reversión, que la política del banco lo prohíbe, que se pudo evidenciar que todas las cuentas correspondían al hospital del municipio de tierra alta, era una cuenta corriente, y que al verificar los video del circuito cerrado de televisión de la oficina, se había podido establecer que en esas horas de las operaciones en cuestión no había clientes en ese lugar, que recibiera el pago, ya que el banco estaba cerrado, que igual había sucedido cuando se había reversado ese pago,

que esa causal de devolución por la falta de continuidad de los endosos incluso está regulada por la superintendencia financiera, la cual tiene establecido que no se puede realizar el pago y que para el proceso de visación el cajero debe tener al cliente al frente, solicitar la cédula y revisar a su vez la cadena de endoso. Dijo el testigo también que Jaime, en sus propias palabras, había sacado copias de algunos cheques en ese momento y que los mismos habían aparecido luego con endosos y debidamente salvados. También refirió esa circunstancia de haber el actor superado el tope máximo que tenía establecido y las inconsistencias en el manejo dual de la bóveda o el área de seguridad donde se guardaba el dinero en esa oficina donde trabajaba el demandante. También dijo que cuando se presentaban cheques superiores a los 13 salarios mínimos legales mensuales vigentes, aproximadamente 8 millones de pesos, se debía contar también con la firma del asistente administrativo, pero que respecto de varios de ellos no se había observado el cumplimiento de este requisito y que respecto del demandante se había evidenciado que había procesado los cheques, que se advertía movimiento de dinero que se quedaba ahí, luego se lo entregaba a la asistente administrativa y ella lo guardaba en una caja que tenían para guardar o tener papelería. Todo lo anterior, entonces retomo, e insistiendo pues en el planteamiento del extremo demandante en cuanto a que estas circunstancias siempre se dieron por instrucciones en cumplimiento de las ordenes que le daban sus superiores, pues vimos en un primer aparte que el demandante en la diligencia de descargos manifestó que la gerente de la oficina no tenía nada que ver, que de hecho se la pasaba por fuera y que no ha tenido ninguna injerencia en las actuaciones que él había adelantado, pero además como ya lo dije el actor no probó que esa circunstancia efectivamente hubiera obedecido a alguna directriz que por demás estaba evidentemente en contra de todas las políticas y protocolos del banco, sobre todo para ese cargo de cajero principal. Pero es que además incluso si ello hubiere sido acreditado en autos, debemos, como ya lo dijo el despacho, tener en cuenta y en sentir de la corte suprema de justicia en su sala de casación laboral, voy a citar apartes de la sentencia del 27 de julio de 2010, radicación 37675 “el deber de obediencia no es absoluto o limite por lo que es errado entender como subordinación del trabajador la llamada terca obediencia que le imponga al prestador del servicio la obligación de acatar de manera ciega o autómatas con una obstinación irracional toda orden de cualquier superior jerárquico como si se tratara de un robot, pues la ley concibe al trabajador en toda su dignidad ontológica como sujeto capaz de discernir y de razonar, de suerte que al empleado le asiste el derecho de rehusar las ordenes que lo induzcan a cometer hechos punibles o que sean ilícitas o irreglamentarias o que claramente pongan en peligro su integridad física o que manifiestamente puedan ocasionar daños al empresario, pues en tales casos en rigor, frente a la ley, no se configura un desobedecimiento si no el ejercicio de un derecho, pero ante todo del cabal cumplimiento de sus deberes legales de colaboración y lealtad. En tal virtud, la obligación especial de cumplimiento de ordenes instituida en el numeral 1 del artículo 58 del código, en manera alguna excluye las de comunicar oportunamente al

empleador las observaciones que estime conducentes para evitarle daños y perjuicios, y prestar la colaboración posible en caso de siniestro o de riesgo inminente que afecte o amenacen las personas o las cosas de la empresa o establecimiento consagradas en los numerales 5 y 6 ibidem. Se sigue de lo anterior, dijo la corte, que al no existir duda de que la trabajadora cometió los hechos que se le imputaron como generadores del despido, conforme al precedente que se reprodujo, su reprochable conducta no puede justificarse en las ordenes que le impartió su inmediato superior jerárquico por manera que la acusación es infundada.” De acuerdo entonces con lo anterior y para estar claro para el despacho que el demandante incumplió con esos preceptos e instrucciones que sabía que debía acatar, como lo acepto, ya lo hemos mencionado a lo largo de esta decisión desde la diligencia de descargos, sin que tampoco sea dable aceptar la justificación de haberse basado en ordenes o instrucciones de algún superior jerárquico, es claro que se incumplieron en concreto disposiciones relativas por ejemplo al numeral 1 del artículo 58 del código sustantivo del trabajo, como lo es el realizar personalmente las labores en los términos estipulados, observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las ordenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, pero ya vimos las que obviamente están de acuerdo con todos esos protocolos y directrices correctos para el desempeño de la labor, y vemos por ejemplo en el manual de registro de operaciones salidas Po-004010 que se le entrego otros a folios 508 y 724, cuáles son las medidas de seguridad que debía acatar el demandante para el pago de los cheques que también se repiten a folios 730 y 731, también para el reverso de los cheques se tiene procedimiento p-004-00604 que tiene que ver con cuadros de caja reverso de transacciones y que se incumplió lo que se menciona en específico en ese folio 768, además que se hizo por fuera de los horarios de oficina, actitudes estas del ex trabajador que en sentir del despacho y como lo ha venido mencionando resultan evidentemente reprochables y además tienen obviamente el carácter de graves, no solamente por la antigüedad que tenía dentro de la empresa, sino también por el cargo desempeñado que era el de cajero principal, que además tenía que custodiar dineros, no solamente el banco si no de terceros y que si bien en el caso en concreto no se probó que se haya causado algún tipo de perjuicio económico para la empleadora, pues efectivamente le resta idoneidad y confianza a su capacidad laboral por haberla solamente puesto en peligro y además haber no solamente incumplido una de estos protocolos, como vimos lo que tiene que ver por ejemplo con la continuidad en los endosos, si no con el tema de haber realizado operaciones sin tener al cliente al frente de la ventanilla, haber realizado operaciones antes y después del cierre de la oficina, haber hecho reversiones sin la doble firma o sin el visto bueno del auxiliar administrativa, haber también superado el tope del dinero que tenía establecido para tener en caja, haber accedido a las bóvedas sin ese control dual, también con la asistente o auxiliar administrativa, por lo que, para el despacho lo importante fue la conducta misma y los resultados que se pudieron ocasionar, bien por acción o por omisión, ya que se demostró ese peligro que se creo por el

sujeto subordinado al incumplir todos estos reglamentos para tener por configurada esa causal y en el efecto encontrar al despacho como grave la conducta cometida. Por lo anterior, el despacho absolverá entonces a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y por el contrario condenará en costas al extremo demandante, dentro de las cuales ordena a la secretaría incluir una suma igual a \$1.500.000 como agencias en derecho. En merito de lo expuesto, el juzgado 36 laboral del circuito de la ciudad de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve”

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

“Comendidamente solicito a su señoría, se sirva concedernos el trámite del recurso de apelación para ante la sala laboral del honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, para lo cual procedo a sustentarlo en las siguientes razones de hecho y de derecho que consideramos han debido tenerse en cuenta por la señora juez al momento de proferir la sentencia de esta instancia. Sea lo primero tener en cuenta como se ha redundado y como se ha dicho con ocasión de la presentación de la demanda y de los alegatos de conclusión que se han vertido en la presente audiencia, que el trabajador demandante no tenía toda esa capacidad de disposición sobre el dinero, documentos, sistema interno del banco de manera autónoma, esto indica que debió obrar o como en efecto ocurrió, obró bajo el auspicio, orden y autorización de otros órganos de control y de dirección interna de la entidad, en este caso específico la oficina de plaza de mercado del banco popular en la ciudad de Montería, por otra parte, lo que se evidencia en el proceso no es la conducta irregular del trabajador, lo que evidencia es que había un riesgo creado con el manejo de esa cuenta que se trata de una ese una entidad social del estado que tenía una cuenta abierta en el banco popular, o la tiene y con toda seguridad no se la han cerrado, que utilizaba al banco, la entidad bancaria para actividades irregulares, como se puede, por lo menos sospechar de las conductas que reiterativamente tuvieron lugar con el pago de esa cantidad de cheques tan abundantes que requerían la presencia de la tesorera para firmarlos en las propias dependencias del banco, en vez de que estos llegaran de una vez con la firma de la funcionaria de esa entidad pública, y en ningún momento aparece en este expediente que con motivo de la ocurrencia de esos hechos, el banco preocupado por sus intereses patrimoniales hubiera procedido de inmediato a interponer las denuncias pertinentes ante las autoridades de control y las autoridades de investigación penal, lo que ocurrió aquí es que por el eslabón más débil de la cadena se procedió a subsanar las deficiencias que presenta el control interno del banco con respecto a los riesgos que crea incluso para los trabajadores el manejo inadecuado de esas cuentas corrientes o cuentas en general por parte de una entidad publica sobre la cual todos los ciudadanos debía tener interés, eso no ocurrió en este proceso, de alguna manera el trabajador entonces

aunque no podía detener toda esa practica inadecuada, de alguna forma si trato de poner en evidencia el actuar irregular de estos funcionarios, tanto del banco como de la entidad en la cual era usuario de los servicios bancarios, por cuanto fue el trabajador el que llevo a cabo, como aparece entre sus obligaciones, el que llevo a cabo la microfilmación, no se trata de fotocopias como lo menciona la señora juez en la lectura de las declaraciones testimoniales, si no se trata de los documentos de microfilmación de todos y cada uno de los cheques que se procesaron y se pagaron irregularmente como en efecto ocurrió, no lo estamos desestimando que el trabajador haya sido parte de ese actuar irregular, pero no lo hace de manera autónoma como se pone de manifiesto por todas las circunstancias que rodearon los hechos de los cuales se desencadenaron en el despido del trabajador, de alguna manera también debe llamar la curiosidad pero no del resorte de este apoderado del demandante, quien llama la atención que se trata del hospital de una zona que lleva por nombre tierra alta, que de alguna manera tiene una significación en la historia violenta de nuestro país pero que en donde tienen injerencia agentes que todos conocemos y no se trata de este proceso pero que debieron llamar la atención del banco para en vez de tratar de sanear las irregularidades presentadas, procede al despido del trabajador y no a desautorizar ese tipo de actuaciones de parte de la entidad que es cuenta corrientista del banco, obviamente es un cliente del banco y ahora dentro de la concepción empresarial el cliente debe cuidársele y soportársele todas las situaciones que de todas maneras no se les puede despancar de los servicios de la entidad en la competencia que mantiene en este sector bancario y financiero, pero eso da a entender que existía todo un entorno que hacía que el trabajador de ninguna manera pudiera oponer la más mínima resistencia o tacha a ese tipo de actuación, si no que obviamente en el desarrollo de las funciones que estrictamente se le contienen en el reglamento de trabajo y en la descripción de sus funciones, pues eran alterados por parte de la dirección de la oficina, porque para él no significaba que hubiera una pérdida patrimonial sino un manejo ajeno a su voluntad que estaba consentido, permitido, patrocinado, por parte de la dirección a quien debía obediencia. No se trata entonces de la obediencia ciega que se menciona en la cita de la sentencia de la honorable corte suprema de justicia, en su sala laboral, que se ha vertido en la presente sentencia, se trata de una situación que no es la obediencia ciega de incumplir reglamentos o incluso para delinquir como en efecto ocurría en nuestro parecer por parte de los funcionarios titulares de la cuenta corriente sobre los cuales llevaron a cabo las operaciones que de todas maneras son irregulares y que no son culpa del trabajador, es una situación que no es una conducta que sea necia de parte del trabajador de infligir de por si o romper el orden interno de los reglamentos del banco, se trata que su criterio estaba en situación de que simplemente procedía a efectuar los tramites que se le ordenaban, no porque el quisiera llevarlos a cabo si no se le ordenaban y pues bajo la creencia de que estaba actuando como en efecto lo da a entender cuando el manifiesta, que si claro, obviamente cuando se le llama aquí a confesión, pues claro que hizo esos trámites, claro que el reconoce que es el operador del sistema de caja, claro que el tiene que

reconocer, o es un hecho, el recopilaba el dinero para entregárselo a un tercero funcionario del banco para que este a su vez se lo entregara a un funcionario que era el titular de una firma con el cual se operaba esta cuenta corriente sobre la cual se llevaron a cabo todas estas irregularidades, no llamó la atención eso al banco, lo que debió procederse aquí no es que se tratara de juzgar al trabajador, quien a pesar pues de su fallecimiento, eso no obsta porque aun pueda conservar el derecho a su honra y a su dignidad de trabajador y de persona, lo cual es lo que se reclama con este recurso de apelación, porque aquí se le está endilgando toda la cantidad de falencias que presenta el banco en esta oficina y es el quien resulta siendo el que viene a ser el causante de todas las circunstancias irregulares que ocurrieron en los hechos que se relatan en la demanda y en el llamamiento que se hizo a descargos, todo lo cual nos da a nosotros como parte demandante la exigencia ante el honorable tribunal superior de Bogotá, en su sala laboral, que esta se ha proferido acá, respetuosamente, solicitamos que sea revocada en su integridad para que en su lugar se proceda al decreto de las declaraciones y condenas que se han pedido en la demanda, en caso particular referidas a la indemnización por la terminación unilateral del contrato sin justa causa, porque todos los hechos acaecidos en esa oficina no son del resorte y la responsabilidad del trabajador, como hemos pretendido demostrar y no se tuvo en cuenta por parte de la sentencia contra la cual interponemos este recurso de apelación, para que se proceda a su trámite ante la sala laboral del honorable tribunal del distrito judicial de Bogotá. En estos términos dejo a consideración del despacho la sustentación del presente recurso, para que en el evento que se considere que se han llenado los requisitos para su procedencia, se nos conceda ese trámite que hemos propuesto en esta oportunidad.”

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.

Así las cosas, de la revisión del recurso de apelación se encuentra que la parte actora alega en síntesis, que las conductas cometidas por él, lo fueron bajo órdenes de su superiores, los cuales permitían y consentían las conductas cometidas por él. Así mismo señala que por estos hechos, él fue el único trabajador despedido y que en el banco se desarrollan esa clase de conductas, las cuales, en su sentir, son actividades irregulares y nunca han sido denunciadas.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que no fueron objeto de controversia los hechos relativos a la relación laboral, los cuales fueron aceptados por la demandada y además se corroboran con la documental allegada a los autos, como o sin el contrato de trabajo suscrito entre las partes, (fl.- 364), liquidación de prestaciones sociales (fl.- 400 – 401) y la certificación (fl.- 404), de las que se desprende que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de julio de 1976, que como último cargo ostentó el de Cajero Principal, con una asignación mensual de \$2.048.280,00 y que la relación laboral culminó el pasado 4 de agosto de 2015, por iniciativa de la demandada aduciendo justa causa.

Teniendo en cuenta que, en el recurso de apelación interpuesto, la parte actora no niega la comisión de las conductas que le endilgó la demandada, en la carta de terminación del vínculo, es más acepta la efectivamente las realizó, procede la Sala a establecer si, se demostró que el actor efectuó las mismas en acatamiento a las órdenes impartidas por sus superiores y de ser así, si ello lo exime de responsabilidad.

En relación con este aspecto se encuentra que la H. Corte Suprema de Justicia, en reiteradas oportunidades y de vieja data ha señalado:

“No debe perderse de vista que la surgida del contrato de trabajo es una relación que, dadas las diferentes obligaciones y facultades que surgen para el empleador y para el trabajador y el papel que cada uno de ellos cumple en el desarrollo del contrato, se caracteriza por estar esos sujetos de la relación contractual en la necesidad de relacionarse permanentemente, de tal suerte que exista entre ellos una permanente comunicación, que no es extraño que en algunas oportunidades se presente en condiciones de tensión.

*Aún cuando es claro que las partes deben tratarse con respeto y consideración y que el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo le impone al trabajador un deber de obediencia, **ello no impide que exprese sus opiniones con firmeza o, incluso, que formule críticas a las conductas o actuaciones del empleador o de su***

representantes, relacionadas con la prestación de sus servicios, pues, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, no puede considerarse que el trabajador sea totalmente ajeno a la marcha de la actividad económica de la empresa y, en particular, de las labores relacionadas con las funciones que deba cumplir.

Por esa razón, tiene derecho a emitir sus apreciaciones sobre las instrucciones y órdenes que se le den y, en general, sobre la forma como se le esté exigiendo el trabajo que se comprometió a ejecutar, ya que **“si bien en desarrollo de la subordinación propia de toda relación laboral, es deber de los trabajadores el acatar las órdenes e instrucciones que le impartan sus superiores jerárquicos dentro del marco obligacional del contrato, por ser el empleador quien en principio asume los riesgos, no es menos cierto que ese postulado debe acomodarse al sentido común, al conjunto de tales obligaciones y especialmente al deber de colaboración que le incumbe a las partes en todo vínculo jurídico”**. Por esa razón, **“...el deber de obediencia no es absoluto o ilímite, por lo que es errado entender como subordinación del trabajador, la llamada terca obediencia, que le imponga al prestador del servicio la obligación de acatar de manera ciega o autómatas, con una obstinación irracional, toda orden de cualquier superior jerárquico, como si se tratara de un robot; pues la ley concibe al trabajador en toda su dignidad ontológica, como sujeto capaz de discernir y de razonar”**, tal como lo explicó la Sección Segunda de la Sala en la sentencia del 7 de julio de 1995, radicación 7420. (Sentencia de fecha 2 de marzo de 2009. M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza)

De conformidad con lo anterior, es claro que el actor conocía cuales eran sus funciones, así como reglamento interno de trabajo; lo anterior, fue aceptado en la diligencia de descargos que se le practicó; igualmente aceptó que cometió las irregularidades que se describieron en la carta de terminación del contrato de trabajo, como lo fueron, en síntesis que efectuó el pago de 192 cheques por \$1.346.368.927 por ventanilla cuyo tipo de letra del endoso es similar para todos, adicionalmente, revisando los videos de seguridad, se observó que en las horas de proceso de dichos cheques, no hay beneficiarios al frente de las casillas de los cajeros que procesaron los pagos; que efectuó el

movimiento de efectivo sin el cumplimiento del control dual en la apertura de caja auxiliar para el pago de 59 cheques, por cuanto él, como cajero principal retira el dinero y lo deja en el piso de su taquilla, y posteriormente le entrega el dinero a la asistente administrativa quien lo custodia en la caja de seguridad del banco, asignada para custodiar papelería enumerada de la oficina; que el proceso de operaciones en caja antes del inicio de la jornada laboral de la tarde y en otras ocasiones se observa el ingreso de clientes en horarios en que la oficina está cerrada. Así mismo, que se reversan por el, 4 cheques pagados por caja, por valor de \$70.000.000 después del cierre de la jornada al público y posterior a la hora de su pago; que no se evidencia el reintegro físico del dinero por parte del beneficiario del cheque.

Así las cosas, se encuentra que el actor conocía que las actuaciones realizadas y antes descritas, no se encontraban acordes con el reglamento interno de trabajo y los protocolos establecidos por el Banco para cada proceso; igualmente, tal y como lo señaló la Juez de Primer Grado no existe evidencia alguna que evidencie que los superiores jerárquicos del actor autorizaron, permitieron y consintieron dicho actuar.

Ahora bien, en cuanto al argumento relacionado, a que la única persona que fue despedida por estos hechos fue el actor, es necesario precisar que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha señalado que *“conducta del empleador de sancionar a un trabajador y no adoptar el mismo proceder en relación con otro u otros que incurrieron en los mismos hechos, no resulta necesariamente discriminatoria, pues el ejercicio del derecho de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo con justa causa es eminentemente facultativo del empleador, desde luego que la falta cometida por un empleado no desaparece por el hecho de que no se sancione a quienes participaron junto con aquél en su perpetración.”*

Por todo lo anterior, esta Colegiatura encuentra que la decisión adoptada por la Juez de Primer grado resulta acertada, sin que sea dable a esta Corporación pronunciarse en relación a las presuntas

conductas punibles alegadas por el apoderado de la parte actora, ya que dicho pronunciamiento se escapa de esta jurisdicción.

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,

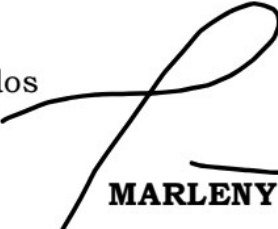
R E S U E L V E

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 OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORREZ RUSSY

**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 YERSON MENDEZ
GUTIERREZ VS PRODUCTOS FLORESTA S.A.S. RAD N° 38 2018
386 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,

ALEGATOS

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

SENTENCIA

El señor **YERSON MENDEZ GUTIERREZ**, instauró demanda a través de apoderado y en contra de **PRODUCTOS FLORESTA S.A.S.** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, pues a pesar de haber hecho la empresa la apertura de 3 procesos disciplinarios simulando faltas cometidas, es decir, no existiendo en realidad, al pago de la indexación y las costas a las que haya lugar. (fl.-66).

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

- Que inició a laborar con la empresa demandada el día 1 de junio de 2004 y hasta el 21 de mayo de 2018, desempeñando el cargo de comercial (vendedor mayorista), con un contrato de trabajo a término indefinido
- Que el horario en el que desarrollaba sus labores era de lunes a viernes de 8:00 am a 5:00 pm y los días sábados desde las 8:00 am a 1:00 pm.
- Que ha sido citada en 3 oportunidades a rendir descargos dentro de procesos disciplinarios, los cuales fueron mal efectuados y con violación al debido proceso y con total violación al reglamento interno de trabajo.
- Señala que fue despedido por no haber entregado una mercancía a unos clientes, de lo que la empresa denominaba mano a mano, hablando de un término prudencial, pero en ninguna parte, se estableció cual era el mismo y dichas unidades, solo consistían en un kilo de betún, por lo que nunca pensó que la empresa utilizara este argumento para despedirlo, siendo que los comerciales en ocasiones, duraban hasta 3 meses en realizarlo.

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 3 y 7, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, extinción de la obligación por pago y buena fe. (fl.- 84 – 94)

Tramitada la primera instancia, el Juez 38 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.- 162).

Para llegar a esa conclusión afirmó el Juez, en síntesis que no son objeto de discusión los extremos de la relación laboral en lo que podría haber una divergencia, es en la modalidad de la vinculación,

siendo pertinente señalar que con fundamento en las documentales obrantes a folios 95, 97, 100 y 102 del expediente, se encuentra acreditado que en ese lapso reseñado se verificaron 4 contratos de trabajo, 3 de ellos a término fijo inferiores a un año y el último pactado a término indefinido con fecha de iniciación de labores el 14 de enero de 2008 que será el tenido en cuenta para efectos de resolver las suplicas de la demanda en el presente proceso, partiendo entonces de la premisa de que el contrato objeto de reclamación lo será el vigente entre el 14 de enero de 2008 y el 21 de mayo de 2018, siendo pertinente señalar que con fundamento en la documental obrante a folio 102 a 103 se encuentra acreditada la vinculación bajo esta modalidad del accionante como vendedor cobrador con fecha de inicio de actividades del 14 de enero de 2008 bajo esta modalidad y con una asignación salarial equivalente al salario mínimo legal mensual vigente más comisiones por ventas del 2% y un 3% adicional sobre cartera efectivamente recaudada en los términos de la cláusula cuarta de ese contrato el cual presenta una adición o un otrosí en los términos que aparecen a folio 104 a 105 del expediente, particularmente en relación con asignación de funciones a desempeñar por el trabajador, documento que se encuentra suscrito por el empleador y por el trabajador en la forma que aparece a folio 104 a 105 del expediente.

Así las cosas, indicó que, solicita se condene a la accionada a reconocerle y pagarle la indemnización por despido sin justa causa en los términos del artículo 64 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 28 de la ley 789 de 2002, al señalar que fue desvinculado sin una justa causa debidamente comprobada. En relación con este aspecto, la accionada se opone a la prosperidad de estas suplicas señalando que la desvinculación del actor operó con justa causa, lo que le fue comunicado mediante misiva del 21 de mayo de 2018 que obra a folios 21 a 22.

Ahora bien, conviene precisar dentro de este escenario que se le reprocha al demandante no haber entregado o no haber hecho oportunamente entrega de productos a Luis Alberto Blanco y a

Sánchez Rosa Helena, siendo pertinente señalar que para acreditar esta o para esclarecer esta circunstancia se adelantó diligencia de descargos el 15 de mayo de 2018 en la forma que aparece a folios 118 a 121 del expediente, suscrita en constancia de aceptación de lo allí consignado por el trabajador y por el representante del empleador que allí intervinieron, siendo pertinente señalar que en relación con las razones por las cuales fue citado a esa diligencia de descargos, el demandante señala que tenía conocimiento que es por razón de unas devoluciones, que conoce el proceso de las devoluciones, indica que se reciben por parte del cliente las devoluciones si son mano a mano, se llena un documento y se le recibe y entrega al cliente, que a veces a los 15 días, a veces al mes; se precisa dentro de este escenario que qué aconteció o se le indaga sobre lo acontecido con el señor Luis Alberto Blanco el 22 de enero de 2018, que según nota de salida 151 se recibió.

Luego de evacuar las pruebas del proceso, el Juez encontró demostrados los argumentos esgrimidos por la demandada en su carta de terminación del vínculo, señalando que la falta cometida, se encontraba calificada como falta grave en el reglamento interno de trabajo, por lo que absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

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

“Puntualmente, su señoría, y de manera respetuosamente hago reparos a la siguiente observación a su sentencia: muy respetuosamente difiero de la consideración que hace o el análisis que hace su señoría en este sentido, puntualmente existen 3 reparos a las consideraciones que ha tenido su señoría al resolver el caso, respetuosamente indico lo siguiente: ha dicho su despacho que en efecto si se ha considerado como falta grave en atención a lo que establece el reglamento de trabajo y el otrosí que firmó Jerson Mendez en la compañía demandada, específicamente se establece como falta grave la demora en la entrega de los cambios que ellos llaman mano a mano o cambios por averías, en este sentido debo decir con todo

respeto que quedó plenamente establecido que la empresa y de acuerdo a lo que se estableció por los mismos testigos que también es una prueba en cuanto a las mismas declaraciones que rindieron los deponentes en los interrogatorios, se estableció que no había termino para la empresa para tener esas averías ahí, también se estableció que no se llevaba ningún control ni ninguna planilla respecto al termino que tenia la empresa para para entregarle al trabajador operador de ellos o al ejecutivo de cuentas la mercancía para entregárselo a los clientes, específicamente para el caso que nos ocupa en el caso del señor Luis Alberto Blanco y Rosa Helena Sánchez, se estableció entonces que por la empresa tampoco existía ningún control, así las cosas por lo menos queda la duda que no se sabe si la empresa o un operador interno dentro de la misma empresa fue quien motivó esta mora que pues no parece justo que se le traslade al trabajador, al ejecutivo de cuenta, cuando no se ha podido establecer si la mora fue por parte de la logística interna que se cumplía dentro de la empresa para hacer estos cambios de averías o mano a mano. En segundo lugar, es cierto que si es considerada como falta grave el hecho de la demora en cuanto a los cambios mano a mano, se ha considerado como falta grave, pues tampoco, como lo dijo su despacho, hay un manual o un memorando o un requerimiento que se diga se entregará en tanto tiempo la mercancía que se haya cambiado, y brilla por su ausencia en toda la documental de la empresa, como efectivamente lo reseña su despacho, que se hubiera dicho se entregará máximo en 2 meses o se entregará internamente al ejecutivo de cuenta en tanto tiempo, lo que a mi modo de ver, constituye que se crea una duda que no tiene porque ser trasladada al trabajador, con todo respeto. En tercer lugar, respecto a la observación que hace el despacho que es oportuna en cuanto a manifestar que en efecto no se tiene en cuenta, se considera como una falta grave, no haría falta guiarnos por el procedimiento, sin embargo, la empresa si tomó el camino de los 3 procedimientos y en los últimos 2 no hay sanciones, el segundo requerimiento que se le hace al trabajador es sobre la misma situación de los cambios, sin embargo, no toma la empresa ningún correctivo frente al trabajador, lo que siembra otra duda pues, como me lo manifestó, pues si no hubo ninguna sanción pensé que era como una advertencia pero la cuestión no tenia correctivos, no tenía ninguna situación que dijera de viva voz que se establecía, mire si los cambios mano a mano o las averías no se hacen en 2 meses o 3 meses, vamos a proceder con un despido porque le está

causando mala imagen a la compañía en los términos que lo coloca el señor representante de la demandada. Así las cosas, respetuosamente, difiero de la decisión que ha tomado el despacho y solicito se reconsidere que si hubo lugar al despido injusto por parte de la compañía. 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, encontrando que el apoderado recurrente alega 3 puntos específicos: i) Que no existe un término establecido para la devolución de mercancías, ii) Que no existe prueba del motivo de la demora en la devolución de los productos y iii) la Falta grave como causal de terminación del contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta Colegiatura que, no fue objeto de reproche por parte del recurrente, los hechos que encontró demostrados el Fallador de primer grado, relacionados con la existencia de la relación laboral, esto es, que entre las partes existieron 4 contratos de trabajo, 3 de ellos a término fijo inferiores a un año y el último pactado a término indefinido con fecha de iniciación de labores el 14 de enero de 2008 y terminación el 21 de mayo de 2018, por decisión de la demandada.

Así las cosas, se encuentra que en el presente caso, el Juez de Primer grado encontró que la parte demandada demostró en el plenario, la ocurrencia de las conductas alegadas por ésta, en su escrito de terminación del vínculo, las cuales son:

*“Para esta decisión, la empresa se apoya en el Artículo 50 del R.I.T. constituyen faltas graves por parte del trabajador y ocasionan la terminación unilateral delo contrato de trabajo con justa causa, las señaladas en forma especial en el contrato de trabajo y las siguientes:
Numeral 14.- Coayudar, tolerar o encubrir cualquier maniobra que cause o pueda causar perjuicios a los intereses de la empresa, tanto en la ejecución de las obras, como en el recibo o entrega de las mismas.*

Numeral 03.- Violación grave a juicio del empleador por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias.

Estas causales tienen fundamento en los siguientes hechos:

Las faltas cometidas por usted al haber recibido de la empresa las unidades de producto de los clientes LUIS ALBERTO BLANCO y SANCHEZ ROSA HELENA correspondientes al proceso de devoluciones mano a mano, y no haber hecho la entrega de estas unidades a los clientes en el tiempo estimado. A demás de lo anterior, reconoce tener en su poder más unidades de clientes desde hace más de dos meses cuando indica en diligencia de descargos realizada el 15 de mayo de 201, que hay un tiempo prudencial para la entrega de los mismos a los clientes afectando el buen nombre y la credibilidad de la empresa con los clientes y sin autorización expresa tener en su poder, mercancía que se debió destinar a los clientes como es el procedimiento de devoluciones mano a mano, teniendo usted conocimiento del procedimiento y de las consecuencias que esta clase de actos tienen, lo cual fue expresado en diligencia de descargos realizada el 15 de mayo de 2018.

Igualmente, de la revisión del recurso interpuesto se tiene que estos hechos tampoco fueron objeto de reparo, ya que únicamente se cuestionó, como se dijo en presencia, que no existe un término establecido para la devolución de mercancías; que no existe prueba del motivo de la demora en la devolución de los productos y la falta grave como causal de terminación del contrato de trabajo.

Ahora bien, a fin de esclarecer lo anterior, se debe remitir esta Sala, a la diligencia de descargos visible a folios 17 a 20 del plenario de fecha de fecha 15 de mayo de 2018, en la que el actor indicó respecto de los productos del señor LUIS ALBERTO BLANCO, que los recibió desde el mes de febrero, que cuando le preguntaron por ellas, las buscó en su casa y ahí las tenía y que las mismas fueron entregadas a la empresa demandada el 11 de mayo de 2018.

Igualmente, se le indagó, sobre el porqué si las mercancías le habían sido devueltas desde el 22 de enero solo hizo entrega de las mismas

en el mes de mayo, para lo cual, el actor se limitó a indicar: *“se me pasó”*

En relación con las mercancías de la señora ROSA HELENA SANCHEZ, que a la fecha de la diligencia de descargos, aún no se habían entregado, señaló: *“porque fui y le cobre y no se las llevé”*.

Así mismo, se le indagó si tenía más mercancía sin entregar a otros clientes por ese mismo concepto? A lo que respondió: *“Si tengo de Don Luis Plazas, Y Jose Rodriguez desde hace dos meses”*

Finalmente, en dicha diligencia el actor acepta que conoce el reglamento interno de trabajo, que ese tipo de conductas en la que incurrió constituyen falta grave y que las mismas pueden acarrear, la terminación del vínculo laboral.

Ahora bien, en cuanto a las faltas calificadas como graves, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia No. 38855 del 28 de agosto de 2012, M.P. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, ha señalado:

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta...”

En el presente se tiene que la falta que cometió el actor, está tipificada en el reglamento interno de trabajo como falta grave

“Coayudar, tolerar o encubrir cualquier maniobra que cause o pueda causar perjuicios a los intereses de la empresa, tanto en la ejecución de las obras, como en el recibo o entrega de las mismas”. Como quiera que el actor aceptó que se demoró en la devolución de una mercancía casi 5 meses, hecho éste que no fue objeto de reproche por parte el apoderado del demandante en su recurso.

Por lo anterior, y ante la comprobación de la realización de la conducta alegada y que ésta es de las que figuran en el contrato o el reglamento de trabajo, como faltas graves, esta Colegiatura no encuentra error en las conclusiones a las que llegó el fallador de primer grado, ya que si bien es cierto no existe documento alguno allegado por las partes que indique el término en que deben ser devueltas, ello no quiere decir que sea indefinido, máxime si se tiene en cuenta que tal y como lo señaló el actor en la diligencia de descargos, estaba en mora de reintegrar dicha mercancía.

Finalmente, señala el recurrente que no existe prueba del motivo de la demora en la devolución de los productos, hecho éste que, en lugar de favorecer, perjudica al actor, ya que si dicho reintegro no se efectuó por causas imputables a un tercero o a la misma empresa, era a la parte actora a la que le correspondía la carga de demostrar este hecho, sin que en el expediente se encuentre justificación diferente a la indicada por él en la diligencia de descargos, esto es, que se le *“pasó”*

Por lo anterior, se habrá de confirmar la decisión de primera instancia por encontrarse ajustada a derecho.

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,

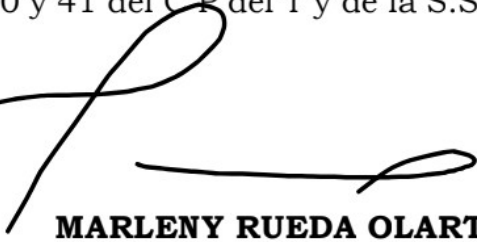
R E S U E L V E

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 OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORREZ RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2016-316-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ JOAQUÍN PONTÓN ESPINOSA – HEREDEROS DE
JOAQUÍN PONTÓN ESPINOSA

DEMANDADO: LIBERTY SEGUROS S.A. y CODESS

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 de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 2 de agosto de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas alegaciones por parte de las demandadas Liberty S.A. y Coddess.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ JOAQUÍN PONTÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y Liberty Seguros S.A., existió un contrato de trabajo entre 1957 al 30 de diciembre de 2015, que esta demandada incumplió su deber de pagar las



prestaciones sociales causadas durante la vigencia de la relación laboral alegada, terminando su contrato sin justa causa el 30 de diciembre de 2015, sin pagar la liquidación definitiva del mismo; solicita igualmente se declara que al vínculo laboral alegado no le es aplicable el régimen anual de cesantías previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y que esta demandada, omitió su deber de afiliación y cotizaciones a su favor con destino al sistema de seguridad social en pensiones; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se ordene a pagar a la demandada en mención, las cesantías causadas durante toda la vigencia de la relación laboral conforme al régimen a él aplicable, primas de servicio, pensión sanción prevista en el artículo 267 del CST, junto con intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indemnización por despido injustificado e indemnización prevista en el artículo 65 del CST.

Subsidiariamente peticiona se declare que la demandada Corporación Para el Desarrollo de la Seguridad Social – CODESS, actuó como simple intermediario en la suscripción del contrato de prestación de servicios que inició el 18 de febrero de 2011, que Liberty S.A., a través de CODESS, no ha pagado la liquidación del contrato de trabajo que le corresponde, que ambas omitieron el pago de los derechos laborales causado en vigencia de la relación laboral y esta última actuando como simple intermediario, terminó el contrato de trabajo de manera injusta que lo unía con Liberty S.A. el 31 de diciembre de 2015, que se declare que al vínculo que laboral que lo unió con estas dos, no le es aplicable el régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990 y omitieron el deber de afiliar y cotizar a su favor en el sistema de seguridad social de pensiones durante la vigencia de la relación laboral; como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a ambas demandadas al pago de cesantías durante toda la vigencia de la relación laboral, primas de servicios, pensión sanción junto con intereses moratorios, indemnización por despido injusto e indemnización del artículo 65 CST. (fls.163 a 168)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ingresó a laborar al servicio de Skandia Seguros de Colombia S.A., a partir del 30 de junio de 1957, en



ejercicio del cargo de médico especialista en medicina interna y cardiología, encargándose de la atención de pacientes en el consultorio de su empleador para la realización de exámenes de asegurabilidad, que mediante escritura pública No. 3343 del 23 de junio de 1998, dicha compañía varió su razón social a Liberty Seguros S.A., afirma que prestó sus servicios para Liberty S.A., de manera personal de acuerdo a la programación establecida por esta y su salario se calculaba de conformidad con la tabla de tarifas establecidas anualmente por Skandia Compañía de seguros generales y prestaba sus servicios en los horarios establecidos por su empleador, que la demandada Liberty, entonces Skandia, pagó la especialización que él realizó en seguros de vida en Suecia y de igual forma, le realizó préstamos para compra de vehículo, otorgándole una conmemoración en octubre de 1967 al cumplir 10 años de prestar sus servicios para esta, para lo cual, se asociaron los trabajadores de la misma.

Afirma que durante la vigencia de la relación laboral, Liberty S.A., no realizó el pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral, que esta siempre pagó su salario como contraprestación del servicio prestado. Señala que el 5 de julio de 1993, el señor Ricardo Orjuela, en su calidad de cofundador y Subgerente de Skandia de Colombia S.A., certificó que había sido contratado a partir de junio de 1957, que el 31 de julio de 2007, fue obligado a suscribir un contrato de prestación de servicios con Liberty S.A., cuyo objeto era seguir prestando sus servicios como médico especialista, como lo venía haciendo desde el inicio de la relación laboral, con el que indica, se pretendía encubrir la verdadera relación laboral existente.

Señala que el 18 de febrero de 2011, fue obligado a suscribir un nuevo contrato de prestación de servicios con la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social CODESS, cuyo objeto era el previsto en el contrato anterior, esto es, para el ejercicio de las actividades que desempeñaba desde 1957, en el contrato mencionado se pactó que sus servicios los seguiría prestando para Liberty S.A. Afirma que la Corporación en mención actuó como simple intermediario en la verdadera relación laboral existente entre él y Liberty S.A., para comunicarle finalmente la terminación de su contrato a partir del 31 de diciembre de 2015, data para la cual, contaba con 90 años de edad, sin que



le cancelaran las demandadas las prestaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral que se extendió por más de 58 años, quedando desprotegido pues no cuenta con pensión de vejez, siendo obligación de las demandadas, reconocerla en su favor por no haberlo afiliado al sistema de seguridad social. (fls. 168 a 174)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado LYBERTY S.A. contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestó no constarle los hechos 21, 27, 28, 32, 36, 37 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas – cobro de lo no debido, inexistencia de intermediación, desconocimiento de los actos propios, inaplicabilidad del artículo 267 del CST, improcedencia de intereses moratorios a cargo del empleador, enriquecimiento sin causa, compensación y pago, prescripción y buena fe. (fl.231)

Por su parte, la CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL – CODESS, igualmente se opuso a las pretensiones de demanda, aceptó parcialmente el hecho No. 32 referente a la comunicación remitida al actor señalándole sobre la terminación del contrato de prestación de servicios, negó los No. 27, 29 a 31, 33 a 36, 38 y 39 y manifestó no constarle ninguno de los hechos. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe, cobro de lo no debido y prescripción. (fl. 316).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DENEGAR las pretensiones incoadas por el entonces demandante José Joaquín Pontón y posteriormente por sus sucesores procesales, condenándolos en costas. (fl. 737)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:



El problema jurídico se tiene así: tal como se manifestó al momento de fijar el litigio, en el presente caso existe un hecho cierto y no discutido por las partes, que entre el señor José Joaquín Pontón Espinosa prestó sus servicios personales a cargo de Liberty seguros y posteriormente a Codess, por lo que consiste el problema jurídico en determinar si esa prestación del servicio se dio mediante un contrato de trabajo como lo deprecia la parte demandante, o si por el contrario la misma se dio en virtud de un contrato de prestación de servicios como lo señala la parte demandada, para luego de salir avante el problema jurídico a favor de la parte demandante, establecer los extremos temporales que también se encuentran en discusión, esto es si se logró establecer que haya sido esa relación desde el 30 de junio de 1957 al 31 de diciembre de 2015, como única labor a favor de Liberty y sus demás consecuencias. Entonces vamos sobre la existencia del contrato de trabajo. De conformidad con el artículo 23 del código sustantivo del trabajo un contrato de trabajo se estructura con 3 elementos esenciales, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario como contraprestación correlativa al servicio prestado, siendo el elemento esencial y diferenciador de cualquiera de las contrataciones el elemento de subordinación, es decir, el elemento de subordinación es el que caracteriza la relación laboral. A su turno, el artículo 24 del código sustantivo del trabajo consagra una presunción que opera en toda relación de trabajo personal, y esta en virtud de la cual una vez se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, los restantes elementos se presumen, presunción que por ser legal y no de derecho puede ser desvirtuada por quien se vea afectado, acreditando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia; es decir, una vez demostrada la prestación del servicio, corre por cuenta de la parte demandada la carga de demostrar que esta prestación no se dio bajo su subordinación y que la relación estuvo existente fue de índole diferente a la laboral, repito, desprovista del elemento de subordinación. Entonces, desde ya se señala que tal como se ha mantenido desde el momento de la fijación del litigio que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio que es el primer requisito que establece la ley laboral, esto es, que el doctor José Joaquín Pontón Espinosa prestó los servicios para Liberty seguros e incluso para Codess en la que ejecutaba exámenes y valoraciones para Liberty debiéndose entonces dilucidar si esa prestación se desarrolló o no en virtud de un contrato de trabajo.

Para ello el despacho va a hacer un recuento de las pruebas que se practicaron en el presente proceso, empezamos con las documentales. Se tiene a folio 60 el reconocimiento que le hizo en su momento Skandia al doctor José Joaquín Pontón Espinosa por su décimo aniversario, esto es, lo realizó en octubre de 1967. A folio 61 obra misiva del 5 de julio de 1993 dirigida a Skandia y suscrita por el señor Ricardo Orjuela Sánchez en la que expresa: “el doctor Joaquín Pontón empezó su labor en la compañía en el mes de junio de 1957 con un horario continuo y haciéndose presente en la compañía durante 3 días a la semana, por otro lado y durante mi permanencia en la compañía, por 11 años se le concedieron préstamos para vivienda y automóvil ajustándose a lo establecido para estos casos en las normas de la superintendencia bancaria.” A folio 62 al 70 existen órdenes de pago de préstamos que skandia le hizo al doctor Pontón entre el año 1989 y 1994 resaltando que estas órdenes de préstamo tienen como nit el 860.039.988. a folio 71 existen pagos de honorarios de Skandia con el nit., 860.030.988., a folio 72 a 83 existen pagos de facturas denominadas, documentos denominados pagos de facturas A.P donde se expresan números de cheques, en su mayoría no tienen fecha, no tienen el nombre de la empresa que libra el cheque ni del beneficiario, alguno de ellos si tiene el nombre de Liberty y tienen el nombre del actor, y estos son particularmente los que obran del folio 76 a 78 para las siguientes fechas: para el 2001 la del folio 76 a 78, para el 2002 la del folio 79 y a su turno existen estos cheques girados o estos pagos de facturas a folio 80 a 83 de Liberty pero no tienen fecha alguna. A folio 84 a 87 están las misivas dirigidas al doctor Pontón de Skandia de diciembre de 1996 y enero y febrero de 1997, en los que efectivamente skandia le solicita al doctor Pontón hacer un examen médico de asegurabilidad, realizar algunos procedimientos médicos de asegurabilidad, atender a una persona para un examen médico efectivamente de ingreso para la compañía y otro también en el folio 87 de examinar a una persona que también va a ingresar a la compañía skandia. A folio 88 a 101 existen manuales, formatos y procedimientos para valoraciones, exámenes y diagnósticos, así como la indicación de los sitios donde se deben radicar las facturas en los contratos de prestación de servicios. Existe también dentro del plenario los contratos de prestación de servicios aportados al



proceso, junto con sus otrosí, suscritos entre el doctor Pontón y Liberty seguros así: a folio 102, 108 a 109 el del 2007, a folio 266 a 271 contrato sin fecha pero un otrosí, el otrosí si está para el 2006, dice marzo 29 de 2006, un otrosí. También existe a folio 273 el contrato del 2008 y siguientes el de 2009 y el de 2010. A folio 110 existe carta de terminación del contrato de prestación de servicios con Codess de fecha 21 de diciembre de 2015, a folio 111 a 145 diferentes extractos bancarios del señor José Joaquín Pontón Espinosa entre el 2013 y el 2015 en los que se evidencia pagos que le hacía codess, a folio 277 a 286 está el contrato de prestación de servicios y sus prórrogas entre Liberty y codess el cual se celebró en el 2011, estos contratos se extienden y prorrogan, están también en el folio 287 a 289 y del 356 al 365. A folio 335 a 340 existen los contratos de trabajo entre el galeno y codess, todos desde el 2011, a folio 341 a 350 cuentas de cobro que presentaba el doctor Pontón a la empresa codess en los que se especifica, por ejemplo, cito la del 349 lo siguiente: por concepto de “prestación de servicio de acompañamiento empresarial en el área de medicina del asegurado, ejecutado en la empresa Liberty seguros de vida s.a. por 20 horas durante el mes de diciembre de 2015, todas al unisonó manifiestan lo mismo” solo que diferencian en meses. A folio 367 a 381 aparece horarios de atención de 7 a 10 Am que el doctor Pontón Espinoza atiende de 7 a 10 de la mañana en la carrera 13 #49-40, clínica Marly en consultorio 527, esto es, en el marco de un documento que se denomina guía de médicos que empieza en el folio 367 pero el horario de atención y la dirección en la que atiende el doctor Pontón aparece en el folio 376, ya que el documento se extiende hasta el folio 381. A folio 508 aparece un oficio de la clínica Marly en la que especifica que la relación que tenía con el doctor Pontón Espinosa era a raíz de un contrato de arrendamiento del consultorio 527 y este contrato se había celebrado entre el 27 de noviembre de 2012 hasta febrero de 2017 el cual terminó por la muerte del doctor Pontón. A folio 514 a 694 obra oficios de la asociación colombiana de medicina interna acmi manifestando que el único vínculo que tenía el actor era como miembro de la asociación, que no tenía ningún vínculo contractual y que esta afiliación permite participar en actividades académicas únicamente. A folio 518 a 661 aparecen pagos y cuentas de cobros presentadas a codess, a folio 678 a 684 pagos realizados por Liberty como honorarios de médicos a favor del doctor Pontón. A folio 703 aparece un oficio dirigido a este juzgado por seguros Alfa s.a. en el que manifiesta que el doctor José Joaquín Pontón prestó sus servicios profesionales por más de 20 años y hasta días antes de su fallecimiento y que lo hizo como proveedor médico examinador y calificador.

Así mismo, se escucharon en estrados a los representantes legales de Liberty seguros y de codess y se escucharon los testimonios de la señora Gloria Esperanza Mejía, Paulo Enrique Quintero y Hernando Patiño Botero. El representante legal de Liberty seguros manifestó que efectivamente Liberty compró una línea y la línea de seguros de skandia que esta contratación inicio hacia años de 1997 y 1998, por lo tanto desconoce cualquier contratación que haya tenido el demandante antes de esa compra que se le hizo a skandia, aclaró que la parte que se compró a skandia es la de seguros y efectivamente señaló que el mismo nit que aparecía en los documentos llamados préstamos o algunas cuentas de cobro o pagos que se le hacían eran exactamente el mismo que hoy tenía Liberty seguros, señalando que lo que se compró fue skandia seguros de Colombia s.a. Sobre el reconocimiento que obra a folio 60 manifestó no conocer, porque reiteró, no conocía nada diferente a lo que aparecía en los documentos registrados en la empresa y mucho menos antes de haberse adquirido la empresa. Que dentro de los documentos obran contratos que datan desde el 2004 a 2011 que el demandante hace parte o el causante hace parte de la red asistencial de Colombia que tiene Liberty que se vinculó al doctor a través de un contrato de prestación de servicios, que no había por su naturaleza de prestaciones sociales no había necesidad de verificar ninguna otra situación, ni verificar que estuviera o no estuviera pensionado. Que los servicios profesionales los prestó con autonomía técnica, que lo que le correspondía era verificar los requisitos de asegurabilidad que la persona escogía médico que lo iba a examinar y allí entonces el doctor emitía unos conceptos si podía o no ser asegurado el cliente o el usuario, que todo esto se hacía en instalaciones del consultorio del doctor Pontón, toda vez que en Liberty no existían consultorios médicos, entonces cuando el doctor tenía que examinar a un paciente pues lo tenía que hacer en su consultorio. Que a las instalaciones de Liberty asistía el doctor Pontón a recoger documentación para hacer calificaciones, algunas reuniones, pero no tenía ni un puesto de trabajo fijo o asignado, no tenía un horario y que no iba periódicamente, simplemente cuando iba a reuniones a entregar



informes o a recoger el trabajo asignado. Que Liberty no daba órdenes en curso de ese contrato de trabajo, que efectivamente en 2014 se contrató a Codess para los servicios que prestaba el demandante que a través de ese contrato el demandante siguió prestando los servicios como calificador asegurable, que el demandante suscribió un contrato independiente con esta firma codess y que además también se prestaba el servicio a otras aseguradoras. El representante legal de codess manifestó que efectivamente tenía un contrato de prestación de servicios con Liberty, que también tenía un contrato de prestación de servicios con el doctor Pontón, que en virtud de ese contrato el doctor Pontón realizaba una labor netamente documental y era verificar o examinar la historia laboral o clínica del paciente y emitir un concepto que iba a ser canalizado a través de una persona que tenía codess en las instalaciones de Liberty y que todos los manejos que se hacía era a través de esta persona, que el doctor Pontón no tenía un puesto de trabajo en Liberty ni tampoco en codess, que la actividad la hacía desde su consultorio, desde su casa o la podía hacer desde cualquier lugar y que algunas veces le entregaba de manera física la carpeta o el expediente que tenía que examinar o evaluar y algunas otras se le enviaba por correo electrónico, que efectivamente se le pagaba casi siempre lo mismo, que en el contrato de prestación de servicios si bien no había una remuneración mensual, si era determinable porque se había determinado cuanto costaba la hora laborada y que por lo general trabajaba 20 horas que era las horas límite para los trabajadores que prestaban los servicios de esa forma. La señora Gloria Esperanza Mejía trabajadora de codess manifestó que ingresó a trabajar en el 2013 y que conoció en virtud de su contrato de trabajo al doctor Pontón, que el doctor Pontón prestaba los servicios de medicina de seguro y que no era el único que tenía con contrato de prestación de servicios, señalando que también existía otro galeno que era el doctor Hurtado; manifestó que además de ellos dos que estaban con contrato de prestación de servicios, codess también tenía unas personas que estaban de planta o nómina y que la diferencia entre uno y otro era efectivamente el volumen de trabajo, porque mientras que los de planta examinaban 150 o 200 casos al mes, los prestadores del servicio lo hacían en menos proporción y lo podían hacer desde otro lugar como lo hacía el doctor Pontón desde su consultorio. Explicó también que todo se canalizaba a través de un asistente que tenía codess en Liberty llamada Laura Osuna que ella era la que asignaba los casos y recibía de los doctores las valoraciones, que ella era la que coordinaba todo el trabajo pero todo se canalizaba a través de ella. Efectivamente manifestó que los servicios contratados por codess al doctor Pontón solamente se prestaron para Liberty. Manifestó que Liberty solicitó la no continuidad del contrato de prestación de servicios con el doctor Pontón, que la labor que hacía el doctor Pontón era análisis de documentos y que no se hacía, reitero, ni en instalaciones de codess ni en instalaciones de Liberty, y que incluso cuando dijo la testigo que ellos si tenían que manifestar cuando no iban a estar en disponibilidad, cuando no estaban o estaban en vacaciones o estaban de viaje para no asignarles casos. La señora Martha Lucía Restrepo Ruiz trabajadora para Liberty manifestó que conoció más o menos en el 2004 a 2005 al doctor Pontón o la labor que hacía el doctor Pontón porque ella tenía conocimiento técnico como médico adscrito o evaluador, con varias entidades que no solo con Liberty, que la contratación era simplemente de médico adscrito, que hacía parte de la red de prestadores de servicios, señaló que efectivamente el demandante al igual que Paulo Enrique Quintero que el doctor también además de hacer una valoración de asegurabilidad también hacía una valoración médica, es decir, una consulta, que para ello requería también cuando hacía las valoraciones de asegurabilidad, requería la historia clínica del paciente y el de la evaluación de la historia clínica era lo que pasaba a Liberty, que siempre estas actividades las realizó el doctor pontón desde su consultorio porque Liberty no tenía consultorio, que efectivamente para realizar la valoración médica de un paciente no requería un formato especial porque ya hay un estándar de como se hace una historia clínica, pero si manifestó que había para cuando hacía las valoraciones de riesgo, la calificación si debía llenar un formato que se le pasaba por parte de Liberty, manifestando que efectivamente las actividades que hacía el demandante para Liberty era de calificador y evaluador. El señor Paulo Enrique Quintero también trabajador de Liberty manifestó que entro a laborar en el 2005, que estuvo en el proceso de suscripción, que sabe que el doctor pontón hacía parte de la red de médicos de Liberty y emitía conceptos médicos y fungía también como médico asistencial porque era cardiólogo, cuando hacía conceptos médicos era para la actividad de aseguradoras y medico asistencial tenía que examinar paciente que en alguna época realizó las dos funciones, dijo que en el examen médico el doctor Pontón lo realizaba



desde su consultorio porque se requería un consultorio que Liberty no tenía consultorios donde pudiera trabajar el doctor Pontón y por eso lo hacía desde su consultorio, y los conceptos médicos se podían hacer desde cualquier lugar, incluso a veces desde Liberty, que efectivamente ellos tenían en su red varios médicos porque quien escogía los médicos eran los pacientes dependiendo de la ubicación geográfica, manifestó que depende de donde vivía el paciente así mismo escogía al galeno que quería que lo atendiera. Que se les enviaba la documentación cuando se tenía que hacer las calificaciones ya sea por correo electrónico o físicamente, que en Liberty existían 4 o 5 médicos evaluadores que estaban contratados bajo la misma modalidad, es decir, contrato de prestación de servicios. Explicó como era efectivamente en detalle todo lo que tenía que hacerse al momento de calificar y manifestó que Liberty tenía que responderle al solicitante más o menos en 48 horas, por lo tanto en ese término tenía que estar el concepto que daba el médico, que habían unas disponibilidades en unos determinados horarios para hacer las valoraciones pero que esas órdenes de trabajo se hacían de manera independiente y además porque habían bastantes usuarios, por lo tanto debían los usuarios saber en qué horario se debía o podía ser atendidos por los médicos adscritos a la red asistencial. Clarificó que Liberty no tenía consultorios médicos. El señor Eduardo Patiño Botero que es testigo del demandante manifestó que conoció al doctor Joaquín Pontón hace 44 años, que fue el quien le hizo el examen médico cuando ingresó a trabajar a skandia, que catalogó al doctor Pontón como el médico de la compañía, explicando que era el quien hacía todos los exámenes de admisión de las personas que iban a trabajar en skandia, explicando que este examen de admisión lo hacía el doctor Pontón desde su consultorio, manifestando que creía que era el que estaba en la clínica marly. También señaló que aparte de ser el médico de la compañía, también trabajaba como asesor de vida hospitalario, pero que de esa relación no tenía conocimiento, que veía al demandante o al causante 2 o 3 veces a la semana y que lo venía asistir a reuniones, pero que ya esto era de la parte de asesor de vida y hospitalaria, de lo cual no tenía mucho conocimiento, pero manifestó que también era el médico de la compañía, reitero, y que como médico de la compañía atendía no solo a las personas que iban a ingresar a skandia sino también a las personas que tuvieran alguna afección de salud, para ello, señaló que para poder acudir a una cita médica con el doctor debía comunicarse con la secretaria del doctor Pontón y tomar una cita obviamente que con el doctor Pontón había un convenio donde se le daba prioridad a los trabajadores y que esto era un beneficio adicional que daba la empresa skandia a lo cual los trabajadores no tenían que pagar ningún dinero para ser atendidos por el doctor Pontón porque era un beneficio que así quedaba la empresa skandia, además de la seguridad social que suministraba a sus trabajadores; que cuando creció la empresa hubo la necesidad de contratar dos médicos adicionales que atendía cada uno también en sus consultorios al personal, señaló que efectivamente el doctor Pontón se le cancelaba de manera diferente a como se le cancelaba a las personas de nómina, toda vez que las personas de nómina se le pagaba a través de cuenta bancaria al doctor Pontón se le pagaba con cheques, lo cual señaló que tiene conocimiento porque en varias oportunidades encontró el doctor Pontón reclamando el cheque en la ventanilla o en la caja, reiterando en todo su testimonio que era el médico de la compañía.

Pues bien, entonces lo primero que debe manifestar el despacho es que frente a la tacha de sospecha que se elevó por parte del demandante frente al testimonio de la señora Gloria Esperanza Mejía y la señora Martha Lucia Restrepo Ruíz y el señor Paulo Enrique Quintero Liberty, el despacho considera que no está llamada prosperar porque son personas que declararon en esta audiencia de manera espontánea, de manera unísona, no manifestaron nada contrario a lo que señala y dicen los documentos a lo que incluso manifiesta el demandante pesar de que son épocas diferentes, no se ve, a pesar de estar vinculados con codess o con Liberty, no se ve ese interés de beneficiar a la empresa porque si eso fuera así, pues nótese como la señora Gloria Esperanza de manera espontánea manifestó que el doctor Pontón trabajaba para casos de Liberty y que fue Liberty el que manifestó que ya no quería continuar con la prestación del servicio, si fuera una persona que tuviera interés y quisiera única y exclusivamente beneficiar a su empleador, pues hubiera omitido estas situaciones que en una u otra forma no le iban a beneficiar, por lo tanto el despacho declara que no está llamada a prosperar esta tacha de sospecha, además que el simple hecho de tener una relación de dependencia no da de manera automática que salga adelante esta tacha. Antes de entrar a analizar todo este conjunto de pruebas, el despacho quiere traer a colación la sentencia sl2885 de 2019,



radicado 73707 que frente a contrato de trabajo y contrato de prestación de servicios manifestó lo siguiente: la corte ha indicado que el elemento diferenciador entre contrato de trabajo y de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, continúa la sentencia, así mismo, ha doctrinado que el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de su actividades, pero que no obstante en este tipo de contrataciones no está vedado de la generación de instrucciones de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se pueda fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre estas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia de un contrato de trabajo. También ha dicho que por lo general en dicho tipo de convenio el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios, sin embargo, bajo ciertas particularidades o circunstancias, es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada. De modo que cuando se somete a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio, a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación. Entonces, ya entrando a la valoración propia de las pruebas que ya he hecho referencia, el despacho señala que efectivamente se encuentra acreditado que desde vieja data el doctor Pontón Espinosa prestaba los servicios en un primer momento a Skandia cuya línea fue comprada después por Liberty, tal como lo señaló la representante legal, con quien continuó la prestación del servicio, no del 2004 porque existen recibos de pago del 2001, por lo menos entonces para el 2001 estaba vigente esa prestación del servicio, situaciones que dan cuenta todas las documentales. Sin embargo, esas documentales a más de ratificar la prestación del servicio, no señalan o no le enseñan al despacho cómo fue la forma en que se desarrolló la prestación del servicio, por eso debe estudiarse, valorándose conforme lo establecieron o lo explicaron los testigos que vinieron a este despacho. Entonces, efectivamente cobran en este caso mayor fuerza probatoria los interrogatorios de parte y los testimonios, los cuales se deben valorar en conjunto con los documentos aportados. Entonces analizando la prueba recaudada, se tiene que efectivamente la parte demandada logró desvirtuar el elemento de subordinación y entro a explicar porque: fíjese cómo las cuentas todos los documentos dan cuenta que efectivamente el actor y no va a entrar en discusión, prestó los servicios desde 1967 a escandia y luego a Liberty y por ultimo a Codess, sin embargo esta relación personal estuvo desprovista del elemento de subordinación, en esta prestación jamás hubo o fue caracterizada por ese elemento de subordinación que es el que diferencia el contrato de trabajo del contrato de prestación de servicios, si en cuenta se tiene que, tal como dijo el testigo de la parte demandante, desde los inicios con la prestación del servicio el doctor Pontón fue efectivamente el médico de la empresa, pero fíjese como y también fue calificador o examinador de seguros, pero fíjese como en esa relación o esa prestación del servicio no se hacía ni con las herramientas de la empresa ni en las instalaciones de la empresa, era un beneficio que había contratado Skandia para sus trabajadores y tan es así que no había contacto directo entre Skandia o los directivos de esta para con el doctor cuando tenía que examinar a un paciente que tuviera afecciones médicas, si, efectivamente hay unos oficios donde dice: mire esta persona va a ingresar y examínela, pero fíjese que el demandante señaló que cuando ellos tenían alguna afección física lo que hacían era llamar a la secretaria del doctor Pontón para que les agendara una cita, es decir, que el horario de atención de las personas o del personal que trabajaba para escandia lo asignaba la secretaria bajo la directriz del doctor Pontón y estas atenciones médicas se hacían desde el consultorio del doctor, que si bien el oficio dice que el contrato inicio en el 2012, lo cierto es que desde 1967 el consultorio estaba a cargo del doctor Pontón porque así lo hizo saber el testigo, fíjese que el demandante manifiesta que conoció al doctor Pontón hace 44 años cuando lo examinó para ingresar a escandia, manifestando que en esa época atendía en su consultorio y siempre referenció su consultorio como el ubicado en la clínica marly.



Efectivamente lo dicho por el testigo de la parte demandante no encuentra contradicción con la misiva que eleva el cofundador de Skandia cuando dice que iba 2 o 3 veces a la semana y efectivamente el testigo dice: si yo me lo encontraba 2 3 veces a la semana en reuniones, era un área diferente pero yo lo veía en reuniones, pero esas ir dos o tres veces a presentar informes o asistir a reuniones no lo hace o no hacen hacer ese poder subordinante que podía tener Skandia en su momento para exigirle un cumplimiento de horario estricto al demandante, de suerte que no se trajo ninguna otra prueba para decir como era que se había desarrollado esa relación personal entre el doctor Pontón y Skandia a mas que lo que nos manifestó el testigo aquí, que efectivamente da luces que el doctor era autónomo y que siempre atendía o trabajaba desde su consultorio. Así mismo, con el pasar del tiempo, efectivamente siempre fue o casi siempre fue la misma actividad variando en alguno y otros asuntos, cuando ya pasa a Liberty, sigue siendo calificador o evaluador del riesgo y además hace parte de la red asistencial de médicos, como cardiólogo, lo dijo uno de los testigos, y también examinaba a los futuros afiliados de Liberty, entonces esa actividad se realizaba desde el consultorio del doctor Pontón, claro, con los formatos que Liberty enseñaba para la calificación del riesgo, y como lo dice la corte, el hecho de que exista un contrato de prestación de servicios no significa que de ninguna manera se puedan dar directrices para desarrollar o coordinar ese contrato de prestación de servicios, es lo que observa el despacho que sucedió cuando estuvo contratado desde Skandia, luego con Liberty y por último con codess, efectivamente había una coordinación en la prestación del servicio, había unas instrucciones porque como estaba afiliando, estaba dando unos conceptos, pues era obvio que debía utilizar la documentación o la papelería que le suministraba Liberty que al final iba a ser la carpeta o el expediente del asegurado, pero efectivamente todos esos exámenes que hacía el doctor Pontón, lo hacía desde su consultorio bajo los horarios que él tenía preestablecidos para la atención de su consultorio y tal lo vimos en la red de médicos donde figura como médico, figura la dirección que es la que coincide con el consultorio, la clínica marly y figura unos horarios de atención al usuario.

Lo mismo sucedía frente a los conceptos, si bien la carpeta o la información se la enviaban por correo electrónico también se le podían enviar o la podía recoger, uno de los testigos y no lo dije cuando resumí lo manifestado, dijo que sí que muchas veces el doctor Pontón se sentaba a hacer las valoraciones o los conceptos como lo manejo netamente documental se sentaba en Liberty para hacerlos porque era tan rápido que lo podía presentar de una vez, pero nótese como al unisonó manifestaron que no tenía un puesto de trabajo el doctor Pontón si iba a Liberty a recoger documental o si quería examinar esa documentación lo hacía pero en alguna parte de Liberty pero no significaba que ese fuera su puesto de trabajo, de hecho no prestaba su servicio en instalaciones de Liberty, todos son muy reiterativos y todos lo manifiestan al unísono que siempre el doctor Pontón lo hizo desde las instalaciones de su consultorio. Además, nótese como y en eso si debo el despacho pues manifestarle que para ser corteses con los alegatos del apoderado de la parte demandante como la curadora, es cierto que aquí se acreditó que cuando estuvo vinculado para codess la única empresa a que le prestó el servicio en virtud del contrato de codess fue a Liberty pero no fue la única entidad a la que le prestó el servicio en general, nótese como efectivamente obra un oficio de seguros Alfa en el que señala que la labor que realizaba el doctor Pontón para seguros Alfa era exactamente la misma que realizaba para Liberty seguros directamente y posteriormente en virtud del contrato que Liberty hizo con codess que es examinador y evaluador del riesgo, hacía exactamente lo mismo, y realizó esa labor a través de un contrato de prestación de servicios y por el curso de 20 años, incluso antes y dice el oficio duro hasta días antes de la muerte del doctor, es decir, que el doctor Pontón si bien en virtud del contrato de codess y quiere el despacho repetir eso, solo presto los servicios para Liberty, esa no fue la única entidad que se benefició de los servicios del doctor Pontón porque para seguros Alfa hizo exactamente la misma labor por 20 años sin tener aquí detalles de cuantas horas y eso, pero es exactamente lo mismo, examinador y calificador del riesgo. Y esta situación o aquí no se acredita que efectivamente para poder trabajar para seguros Alfa haya tenido que pedir la anuencia de Liberty, aquí lo hizo y demuestra efectivamente que no había subordinación y que las ordenes que le dio o las instrucciones y reuniones a las que asistía el doctor Pontón hacia Liberty o estando con codess, no desbordaron la independencia o autonomía del doctor porque efectivamente fuese como era tan libre y tan autónomo que podía contratar con otra entidad, podemos llamarla competencia, para



hacer efectivamente la misma labor de calificar el riesgo. Ahora, efectivamente repito en la misiva de folio 61 la que se señala que el demandante laboraba o prestaba unos servicios en unos horarios, esto no desvirtúa tampoco no hace nacer el contrato de trabajo única y absolutamente por eso, por haber estado tres días a la semana en un determinado horario, porque como ya vimos lo importante aquí es efectivamente como se ejecutaba esas funciones, cuál era efectivamente la posición dominante o subordinante que tiene la empresa demandada o que tenía la empresa demandada frente al demandado y aquí además de que el mismo testigo que trae la parte demandante afirmó y manifestó o dio fe cosas diferentes y esto es de la autonomía que si tenía el doctor Pontón.

Ahora, frente a los préstamos que señala el demandante en el que manifiesta que son indicios de una relación laboral, si efectivamente el despacho debe manifestar que Skandia dio préstamos al doctor Pontón y claro debe ser como no era una entidad captadora que hacia parte de esta, no era una entidad financiera por decirlo de alguna forma, pues si debía tener algún vínculo, pero acá no nos trajeron cuales eran los manuales o si los manuales de Skandia a decía que debía ser prestado única y exclusivamente a persona que tenía un contrato de trabajo o nómina, por lo tanto el despacho considera que bajo la vinculación y confianza que ya tenía Skandia con el doctor Pontón, una persona que para 1967 ya llevaba 10 años trabajando como médico exclusivo de Skandia, tanto de sus trabajadores, médico de cabecera era normal que lo pudiera tratar o pudiera tener un trato especial y en esa medida extenderle los beneficios de hacer préstamos, si le hacían préstamos a las personas de nómina, si le hacían préstamos a contrato de prestación de servicios pero eso se daba era por el vínculo pero esa situación no me indica que efectivamente por el hecho de haber recibido préstamos de parte de Skandia haya o hagan hacer que el contrato de trabajo o hagan hacer el elemento de subordinación que aquí está desvirtuado por parte de la demandada. Entonces, el despacho concluye que efectivamente la actividad que hizo el doctor Pontón fue siempre de manera autónoma e independiente, no podemos decir que al haberse contratado una persona de avanzada edad de 70, de 80, 83 años que creo que fue cuando terminó, 84 que cuando termino la edad sea un indicio de existir o de burlar un contrato de trabajo, porque lo que debe examinar el despacho es la forma como se desarrolla esa prestación del servicio, ya sabemos y bien lo sabemos las reglas de experiencia también nos enseñan que hay galenos de avanzada edad y son captados en las redes asistenciales precisamente por su experiencia y fíjese que como lo dijo el testigo Paul, dada la experiencia que tenía el doctor Pontón porque en Colombia no había suficientes médicos evaluadores y calificadores y la experiencia que tenía el doctor Pontón era muy alta, era que hacia parte de la red asistencial de Liberty, por eso era que se estaba contratando. Ahora, si se cumplió o no con la seguridad social eso no puede ser un indicativo para decir si hay un contrato de trabajo, porque con los contratos de prestación de servicios las obligaciones son independientes y quien debe afiliarse a seguridad social es el contratista, en él recae la obligación, pero el hecho de que no haya sido afiliado o que la empresa a quien prestó el servicio no le pidió en debida forma las afiliaciones o no verificó que efectivamente estuviera cotizando para no perder esa pensión, eso no desnaturaliza el contrato de prestación de servicios. Tal como se da en los contratos de trabajo también se puede dar en los contratos de prestación de servicios y es que cada uno de los contratantes tiene la voluntad o la facultad de terminarlo cuando quiera, en parte de la relación de codess con el doctor Pontón no debemos dejar pasar por alto que efectivamente si bien había un contrato entre codess y el doctor Pontón el doctor Pontón prestaba los servicios en virtud de un contrato también de prestación de servicios que tenía Liberty con codess, de tal forma que cualquiera de esas partes podía en decidir con quien prestar o no prestar el servicio, porque era precisamente un contrato de prestación de servicios con el que podía escoger quien puede pertenecer o no a la red de servicios y esto tampoco hace nacer el contrato de trabajo. Entonces, para concluir pues el despacho como ya lo ha manifestado considera que las demandadas, especialmente Liberty que fue la que dirige la pretensión principal y posteriormente codess han demostrado o han desvirtuado el elemento de subordinación y esa presunción que nace del artículo 24 y aquí se ha demostrado que la relación personal que hubo con el doctor Pontón estuvo desprovista de este elemento que es el que caracteriza el contrato de trabajo, por ende el despacho considera que la contratación verdadera que hubo fue la que está en los documentos y la que evidencia, y es un contrato de prestación de servicios, por lo tanto el despacho considera que no



hubo interés de engañar por parte de liberty a este despacho o a la justicia o en este proceso porque lo que ha analizado el despacho son las pruebas y son las pruebas que se trajeron aquí y son las que nos enrostran efectivamente esa autonomía e independencia que tenía el doctor a pesar de tener formatos, de llenar circulares, de ir a reuniones porque es propio también de la prestación que hacía de su servicio que era como calificador de riesgos, que tenía que rendir informes. Ahora, finalmente y frente al hecho de que el contrato de prestación de servicios se hubiese hecho de manera verbal en los años antes del 2004 o por lo menos antes del 2007 porque no se aportó, debe el despacho manifestar que en la ley no existe ningún impedimento para que este tipo de contratos se pacten de esa forma, es decir, de manera verbal, amén de que lo anterior también ha sido avalado por la corte suprema de justicia, sala laboral, cito la sentencia 5289 de 2018, 5 de diciembre, radicado 23018 emitida por la doctora Jimena Isabel Godoy Fajardo en la que especificó que los contratos de prestación de servicios también podían ser verbales y el hecho de que no estuviera el contrato de prestación de servicios por escrito no significaba que hacían hacer y ya de manera automática la presunción de un contrato de trabajo porque también se debe analizar la forma como se prestó y se desarrolló esa relación personal. Entonces, en conclusión se tiene que se denegarán las pretensiones de la demanda, atendiendo a estas consideraciones.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Si bien es cierto en la parte considerativa de la sentencia objeto de recurso el ad quo llego a la conclusión acertada que el demandante prestó sus servicios entre el año 1957 al año 2015, primero con la empresa escandia luego con Liberty y luego codess, tal y como se desprende de la prueba documental, testimonial y los interrogatorios de parte, específicamente las pruebas vistas a folio 60 del expediente que señala o contiene el documento donde se felicita al doctor Pontón por su décimo aniversario, folio 61 comunicación del doctor Ricardo cofundador de la empresa, folio 62 a 70 préstamos que se hicieron al trabajador entre 1989 y 1994, folio 71 pago de honorarios que se realizaron al demandante, folio 72 a 83 pagos de facturas y cheques que realizó Liberty al actor, folio 84 a 87 que dan cuenta de comunicaciones de Skandia al trabajador para que realizara exámenes médicos a una persona, especialmente el folio 87, folio 88 a 101 que da cuenta de las facturas radicadas por el doctor Pontón a escandia y a Liberty, folio 102 a 109 que contiene el contrato de prestación de servicios suscrito con Liberty para el año 2007 así como los otrosí a folio siguientes que corresponden a los años 2006, 2008, 2009 y 2010, los extractos vistos a folios 111 a 145 correspondientes a los extractos bancarios del demandante del 2013 a 2015, folios 277 a 286 que contiene el contrato entre Liberty y codess, folio 287 que contiene el contrato específico para el año 2011, así como los documentos vistos a folios 367 y 381 que señalan los horarios de atención del doctor Pontón, específicamente el folio 376 que señala que tenía un horario de atención de 7 a 10 AM para luego concluir el despacho que efectivamente con todos esos documentos más los interrogatorios de parte y los testimonios traídos al proceso se probaron dos elementos de la relación laboral, esto es, la prestación del servicio que inequívocamente para el despacho data del año 1957 al 2015 como se relacionó en el escrito de demanda y el elemento remuneración al demandante, específicamente con las cuentas de cobro y con las facturas y cheques y extractos bancarios aportados al expediente como prueba. Sin embargo, el despacho señala que la demandada logró desvirtuar el elemento subordinación, elemento que nuestro sentir si está probado dentro del expediente, razón por la cual el despacho realizó una indebida o una no debida valoración de los elementos probatorios antes citados, específicamente porque hace las siguientes aseveraciones: “que el demandante fue el médico de la empresa, eso está probado. Que si existió un contrato de prestación de servicios desde el año 1957 y entonces la pregunta es ¿y dónde está el contrato? En materia penal cuando uno habla de un muerto entonces dice no que Francisco Sánchez falleció y entonces estamos investigando el asesinato de Francisco Sánchez, la pregunta aquí es si el despacho concluyó que si existe un contrato de prestación de servicios, la pregunta es dónde está



el contrato, pues la demandada no acreditó la existencia del contrato de prestación de servicios en este asunto, al no acreditarse la existencia del contrato físico de prestación de servicios, pues tenemos que solucionar como se demuestra ese contrato, pues no tenemos como solucionar como se demuestra el contrato sino en qué clase de derecho estamos, estamos en el derecho laboral donde hay unas presunciones a favor del trabajador por cuanto este es un derecho tuitivo o protector en favor del trabajador y no es un derecho tuitivo o protector en favor del empleador, este derecho no se caracteriza por favorecer a los empleadores, no; se caracteriza por favorecer a la parte débil de la relación laboral y ¿quién es la parte débil en el presente asunto? Pues un médico de la cual el despacho dice que o concluye que se acreditó que era el médico de la empresa, con contrato de prestación de servicios, favoreciendo al empleador, pues resulta que no, honorables magistrados, aquí si no existe un contrato de prestación de servicios y existen un montón de pruebas que si acreditan que el demandante prestó el servicio, debemos aplicar el artículo 23 y artículo 24 del código sustantivo del trabajo, presunción precisamente en favor de los trabajadores porque este es la jurisdicción laboral y entonces revisemos nuevamente el acerbo probatorio. A folio 60 del expediente obra reconocimiento de la entidad demandada por el décimo aniversario del demandante, documento inequívoco respecto de la prestación del servicio del demandante a tal punto que amerita una exaltación, a folio 61 del expediente un reconocimiento que hace el doctor Ricardo como cofundador de la entidad donde asegura cuales son los días que trabaja el demandante y la forma en que presta el servicio, folio 62 a 70 que corresponde a los préstamos que hace la entidad demandada al demandante por los años 1989 a 1994 bajo el nit de Skandia, hoy Liberty, y queda claro, honorables magistrados, que el empleador para este momento Skandia, por expresa prohibición legal, no podía hacer préstamos a particulares por cuanto tenía expresa prohibición legal porque no era una entidad del sector financiero, entonces si no era particular, ¿quién era el demandante? Pues en este caso trabajador y no prestador de servicios, por cuanto para esos años no se acreditó el contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, obsérvese, honorables magistrados que a folio 84 a 87 del expediente obran comunicaciones de Skandia para los años 1996 al año 1997, mediante la cual se le dieron órdenes escritas al demandante para atender o examinar a unas personas, entonces no es cierto que aquí se hubiera, dijo el despacho, desvirtuar el elemento subordinación, por el contrario está probado con estas comunicaciones, así como también está probado con los folios 367 a 381, específicamente el folio 376 del expediente que da cuenta que el doctor Pontón tenía un horario de prestación de servicio para los usuarios de escandia de 7 a 10 de la mañana, claro, no era la jornada completa, eso explica porque a folios 88 a 101 las facturas que el doctor Pontón presentaba a Skandia era por 20 horas al mes, porque él no trabajaba sino 20 horas, se le pagaban las 20 horas al mes, que claro que si eran objeto de subordinación por parte de Skandia. Ahora bien, respecto al contrato de prestación de servicios material, obsérvese honorables magistrados que si existe un contrato de prestación de servicios a folio 102 del expediente, contrato de prestación de servicios que no indica la fecha de inicio de esa contratación pero si indica que el contrato se suscribe en el año 2007, y adicionalmente se suscriben unos otrosí porque no existen más contratos de prestación de servicios, a un supuesto contrato de prestación de servicios genitor para el año 2006, 2008, 2009 y 2010, me pregunto ¿será que un contrato de prestación de servicios se puede renovar con un otrosí en nuestra legislación o se requiere suscribir un nuevo contrato de prestación de servicios con una vigencia, con unos honorarios plenamente determinados? Pues en criterio de quien presenta el presente recurso, nuestra legislación si exige un contrato de prestación de servicios plenamente definido.

Ahora bien, la segunda manifestación que hace el despacho que es objeto de reparo es cuando dice el despacho: “que era el contratista quien debía afiliarse al sistema de seguridad social” me parece acertada esa manifestación del despacho, era el contratista, muéstreme el contrato de prestación de servicios donde exigía esa obligación del contratista, no existe para el año 1957 a 2007, contrato de prestación de servicios que generara esa obligación para el contratista, ¿por qué no existe el contrato? Porque simplemente no existe contrato, era la obligación de la entidad que recibía el servicio y que pagaba por este servicio la de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social, a tal punto señores magistrados y este hecho si en mi criterio no puede pasar de alto, que cuando el doctor Pontón cumple 83 años, y Liberty se da cuenta en términos coloquiales



de la embarrada que había realizado con ese ser humano, que a los 83 años a pesar de haber prestado 40 años de servicio a la entidad, no tuviera una pensión, para desdibujar un contrato realidad o para precaver un litigio eventual se le ocurre la brillante idea de suscribir un contrato de prestación de servicios con Codess para que el demandante realizara la misma actividad, bajo las mismas circunstancias, bajo las mismas 20 horas, bajo la misma remuneración y así evitar o mantener más bien contento al viejito de 83 años para que no los demandara mientras duraba el término de la prescripción, superado el término de la prescripción entonces claro, se termina el contrato de prestación de servicios del doctor Pontón por orden de Liberty y por eso es que Codess se convierte en una simple intermediaria en este evento o en este caso para Liberty, porque obsérvese como las facturas que presentó el doctor Joaquín Pontón se determinaba que el servicio lo prestaba de manera exclusiva para Liberty, así lo hizo resaltar en cada una de sus facturas, así lo señalaron los testigos aquí recepcionados, tal y como también lo señala el despacho, pero el despacho le da favorabilidad a la empresa y no aplica favorabilidad o un principio protector a favor de un viejito de 83 años que terminó prestando los servicios hasta los 87 años con la lápida a su espalda, pues obsérvese como señores magistrados el demandante fallece un año después de terminarse el contrato con codess, claro, Liberty tenía el afán de terminar el contrato de trabajo del demandante antes de que se muriera prestando los servicios para codess; y tengo que relatarlo de manera escueta porque eso fue lo que paso ¿y cuál es el problema jurídico a resolver hoy? Que tenemos una viuda que no tiene pensión, que no tiene seguridad social, que está desprotegida de “el médico de la empresa” entonces donde está el principio protector en materia laboral, donde está la protección a la parte más débil de la relación laboral, donde están los derechos y tratados internacionales que ha suscrito Colombia respecto a la materia, en mi criterio en la caneca de la basura y por eso hoy las grandes empresas se burlan de los trabajadores, porque claro, si el trabajador no presta los servicios en mis locales, pues deja de ser trabajador mío, o si no pregúntele a rappi que los rappitenderos tampoco son trabajadores de rappi, en atención a ese mismo principio; pues en mi criterio el derecho laboral no es un ladrillo inerte, en mi criterio el derecho laboral es dinámico y las normas protectoras se deben aplicar de acuerdo a la dinámica de ese derecho, pues hoy el despacho juzgado 39 laboral del circuito de Bogotá desconoce que existe el teletrabajo, desconoce que existen diferentes formas de trabajo desde la casa, desde un café internet y que eso no deslegitima el elemento subordinación, por el contrario, obsérvese como en el presente asunto los testigos dieron fe que el doctor Pontón debía presentarse a las instalaciones de Liberty a prestar el servicio de manera ocasional así como se había pactado y no podemos pretender hoy que para que exista contrato de trabajo tenga que ir todos los días, obsérvese como en el documento visto a folio 61 del expediente, el doctor Ricardo señaló que el demandante prestaba el servicio 3 días a la semana, por eso hoy se reguló en Colombia la prestación del servicio por días y hoy existe el contrato de prestación de servicios por días, existe la afiliación a la seguridad social por días y el pago parcial a la seguridad social por días, pero en este caso en particular Liberty pagaba 20 horas efectivas de servicio mensual y el pago era superior al salario mínimo, pues observen apreciados magistrados, como Liberty pagaba al demandante la suma de \$2.466.010 para el año 2009 y codess pagó para los años 2011 a 2015 \$2.650.620 únicamente haciendo los incrementos del ipc. Entonces, en el presente caso estamos frente a un caso de humanidad, donde en nuestro criterio si existió un contrato de trabajo y así deberá declararse con la condena correspondiente especialmente a la pensión sanción de la cual hoy es beneficiaria la esposa del doctor Pontón, el médico de la empresa que hoy está desprotegida porque era obligación del contratista afiliarse a la seguridad social cuando nunca existió un contrato de prestación de servicios. En los anteriores términos dejo sustentada mi apelación y de la manera más respetuosa, solicito al honorable tribunal superior de Bogotá, revocar de forma íntegra la sentencia emitida por el juzgado 39 laboral del circuito de Bogotá y en su lugar acceder a cada una de las suplicas pretendidas en la demanda, toda vez que se acreditó que el demandante si prestó el servicio entre 1957 al 2015, se acreditó la prestación del servicio, se acreditó la remuneración del demandante y por lo tanto se debe dar aplicación íntegra al artículo 23 y artículo 24 del código sustantivo del trabajo, junto con el artículo 53 de la constitución política de Colombia y en cuanto a que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe aplicarse al presente asunto. Muchas gracias.



CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que si bien la demandada Codess en sus alegaciones, afirma que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, no cumple con las previsiones para el efecto señaladas en el CGP; lo cierto es que en los asuntos laborales, el recurso de apelación se encuentra regulado 66 del CPTSS, norma de preferente aplicación a esta jurisdicción, observándose que el recurso interpuesto, cumple con las previsiones de esta última preceptiva legal en cita, razón por la cual, fue concedido por la Juez de primer grado e igualmente esta Corporación al dispuso la admisión de este mediante providencia de fecha 20 de agosto de 2019 (fl. 742).

Conforme lo señalado en precedencia, la Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, 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 del demandante, a favor de las demandadas, la que se corrobora con las testimoniales traídas al proceso por ambas



partes, así como con las documentales visibles a folios 61 y s.s., que dan cuenta de la prestación del servicio del actor a favor de la entonces Skandia, hoy Liberty S.A., de igual forma, a folio 268, obra documental contentiva de contrato de prestación de servicios suscrito entre el señor José Pontón y la demandada Liberty; a su vez, a folio 336, fue allegado contrato de prestación de servicios suscrito entre el hoy difunto demandante con la demandada Coddess. Al punto, 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, el **demandante acreditó la prestación personal del servicio**; conforme se corrobora con documentales aludidas, así como las testimoniales vertidas por los testigos de ambas partes y lo confesado igualmente por los representantes legales de ambas demandadas quienes dieron cuenta de dicha prestación del servicio, señalando no obstante que el demandante era autónomo en las funciones a él encomendadas.

Es así como conforme la normatividad en cita, en el presente se encuentra plenamente acreditada la prestación del servicio por parte del actor y a favor de los demandados, razón por la cual, opera en su favor la presunción de que dicha prestación, obedeció a una vinculación laboral, correspondiéndole entonces a la pasiva, desvirtuar tal presunción.

A este respecto señala en recurrente en primer lugar que no era dable argumentar como se hizo en la decisión de primer grado, la existencia de un contrato de prestación de servicios, pues desde la fecha en que se determinó que el actor prestaba sus servicios a la entonces Skandia, 1957, no obra contrato escrito alguno, lo que determina que su vinculación fue de índole laboral. Sobre este particular y contrario a lo manifestado por el recurrente, no existe preceptiva legal que determine que el contrato de prestación de servicios debe contar con la solemnidad de constar por escrito y como en reiteradas ocasiones lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL460 de 2021, el elemento que diferencia el contrato de prestación de servicios del laboral, es el elemento subordinación, de no configurarse este, no hay lugar a la declaratoria de relación laboral por el hecho de que el contrato de prestación de servicios, no figure por escrito.

De otra parte, indica el recurrente que la documental visible a folio 61 del plenario, da cuenta de la subordinación que ejercía en la entonces Skandia



S.A., respecto del actor en la que igualmente se indica que se le concedieron a él préstamos desde que proporcionaba los servicios para Skandía S.A., sin que esta sea una entidad bancaria autorizada para ello; sobre este punto, los préstamos que se realizaron al actor y que quedaron probados con la documental en cita, tampoco son indicativos de subordinación alguna y si bien, la entonces Skandía es una entidad del ramo de seguros, en la comunicación a que se alude, claramente señala que realizó dichos préstamos, se realizaron acogiéndose a la normatividad al respecto proferida por la Superintendencia Bancaria, aunado a ello y como bien lo señaló la juzgadora de instancia, no se allegó reglamento de trabajo alguno o cualquier otra fuente normativa adoptada por la sociedad que entonces realizó los préstamos a favor del señor José Joaquín que permita establecer que sólo se hacían a favor de quienes ostentaban la calidad de empleados, para considerar como tal al hoy difunto demandante.

De igual forma, la documental bajo análisis si bien señala que el señor José Joaquín prestó sus servicios para esa compañía, labor que empezó en junio de 1957, también indica con claridad que este sólo asistía 3 veces a la semana y si bien se afirma en ella que lo hizo con un horario continuo, tal horario, no se logra determinar en aras de concluir que estaba unido con la sociedad a través de un vínculo laboral, máxime si se tiene en cuenta que dicha comunicación, no reconoce un vínculo de tal índole, sino que hace hincapié en indicar que prestó sus servicios en las labores allí descritas para Skandía; argumento que toma más fuerza si se tiene en cuenta lo manifestado por el mismo testigo traído por la parte demandante, señor Eduardo Botero, quien manifestó que había conocido al demandante hace 44 años, lo que coincide con la fecha en que este señala empezó a prestar sus servicios para la entonces Skandía S.A., y que desde dicha data, el señor José Joaquín realizaba los exámenes de ingreso de personal de la hoy Liberty S.A., desde su consultorio ubicado en la Clínica Marly y para ello, primero debían comunicarse con la secretaria personal del actor para solicitar la cita dependiendo de la agenda de este, afirmación con la que se corrobora aún más que la labor que ejecutó el demandante para la hoy Liberty S.A., lo fue de manera autónoma como lo indicó la decisión recurrida, quedando igual probado durante el trámite procesal que el actor



contaba con un consultorio arrendado en la Clínica Marly como lo certificó esta a folio 508, el que terminó por razón de su fallecimiento.

De otra parte, afirma el recurrente que las documentales visibles a folios 84 a 87 del plenario, dan cuenta de que la entonces Skandia, daba órdenes al actor para el cumplimiento de las funciones para las que fue contratado, revisadas estas se concluye que simplemente le señalan al actor cuáles exámenes y a quiénes debe practicar los mismos, indicaciones que no se traducen e órdenes como lo indica el recurrente y como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4618 del 24 de octubre de 2018; oportunidad en que indicó:

En un caso análogo de un médico anestesiólogo, se precisó que ciertas órdenes, instrucciones y distribución de tiempo, por la clase de ejercicio profesional que se estaba ejerciendo; no implica necesariamente que se esté al frente de una relación laboral, no siendo en consecuencia un trabajador dependiente. En sentencia CSJ SL, 1 jul. 1994, rad. 6258, de igual forma, en sentencia CSJ SL 13 oct. 2005, rad. 23721, igualmente aseveró:

[...] Lo anterior se dice porque definitivamente la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio civil realiza sobre la ejecución de las obligaciones derivadas del mismo, en ningún caso es equiparable a los conceptos de ‘subordinación y dependencia’ propia de la relación de trabajo, pues estas últimas tienen una naturaleza distinta a aquellos.

En el mismo sentido, en sentencia CSJ SL663 -2018, precisó:

Al respecto, es de recordar que si bien en el contrato de prestación de servicios no existe subordinación jurídica, sí es dable que en algunas ocasiones se configure una especie de subordinación técnica, es decir, que el contratista puede recibir del contratante, instrumentos o instrucciones fundamentales para el desarrollo de su labor a fin de cumplir con estándares obligatorios que, como en el caso, están enmarcados en políticas de salud, tal y como ya lo ha explicado esta Sala, por ejemplo en sentencia CSJ, SL 13020-2017. Ello, se afianza también con lo dispuesto en el numeral 5.º de la cláusula 2.ª del citado contrato, que dispone que la demandante deberá «mantenerse informada y actualizada constantemente acerca de innovaciones pertinentes a la prestación del servicio objeto del contrato». (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, es claro que las instrucciones dadas por el contratante al contratista para la correcta ejecución de los servicios a este último encomendados, no son indicativos de la presencia del elemento subordinación de naturaleza laboral, siendo pertinente indicar que el demandante, debía conocer a qué pacientes les tenía que realizar los exámenes, información que sólo se la podía suministrar la entidad contratista, observándose de igual forma que una de las documentales a que



se alude, esto es la visible a folio 84 del plenario de fecha 9 de octubre de 1996, da cuenta que tales instrucciones se remitían a la dirección del consultorio del demandante, ubicada en la carrera 13 No. 49- 40 consultorio 527, el que como lo certificó la Clínica Marly, era el que tenía el actor en arrendamiento, razón de más que lleva a concluir que el actor ejecutaba los servicios para los que fue contratado de manera autónoma y no en las instalaciones de la demandada Liberty, lo que fue corroborado por los testigos citados al trámite procesal por ambas partes, quienes al unísono señalaron que Liberty no contaba con consultorios propios para la realización de exámenes médicos de ingreso y aseguramiento en sus instalaciones.

Por último y en cuanto al argumento del actor, según el cual, el demandante en vida prestaba sus servicios exclusivamente para Liberty S.A., procede señalar que contrario a lo manifestado por este, los testigos no dieron fe de dicha circunstancia y tal argumento queda sin sustento alguno si se tiene en cuenta lo certificado por Seguros Alfa S.A., en comunicación visible a folio 703 del plenario, conforme a la cual, el actor también prestaba sus servicios a favor de dicha aseguradora y lo hizo por espacio de 20 años hasta la fecha de su fallecimiento.

Conforme al análisis precedente se observa que las llamadas a juicio, lograron desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, en tanto demostraron con pruebas fehacientes que la prestación del servicio del actor, se dio bajo un vínculo distinto al laboral, en virtud del cual, gozaba de autonomía e independencia en el cumplimiento de las mismas, sin que se desconozca como señala el recurrente que se ha considerado al trabajador como la parte débil de la relación laboral y objeto de protección por dicha normatividad, en tanto es claro que en el presente, no medió vínculo laboral alguno entre el señor Joaquín Pontón y las sociedades llamadas a juicio.

Por lo antes analizado, como quiera que no se evidencia una indebida apreciación probatoria en el trámite de primera instancia como lo indica la



parte demandante, pues analizado el caudal de tal naturaleza, esta Sala arribó a igual conclusión, 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