

**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 SONIA IVONNE VARGAS
RODRIGUEZ VS PROJECTION CORE CONSULTING S.A.S. -
APELACIÓN DE SENTENCIA -RAD N° 38 2018 297 01**

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 13 de noviembre de 2019 proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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

La señora **SONIA IVONNE VARGAS RODRIGUEZ**, instauró demanda a través de apoderado y en contra de **PROJECTION CORE CONSULTING S.A.S**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral condene a la demandada al reintegro a su cargo o en su defecto al pago de la indemnización por despido injusto, sumas éstas indexadas al momento de su pago y las costas del proceso. (fl.-3).

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

- Que ingresó a laborar al servicio de la demandada el día 1 de septiembre de 2015, mediante un contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de ejecutiva de cuenta.
- Que vive con su hija y una nieta y se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR, entidad para la cual tiene más de 1300 semanas de cotización, pero aún no tiene la edad para adquirir el derecho a su pensión.
- Que fue despedida por la demandada el día 10 de abril de 2018, aduciendo una justa causa.
- Que le enviaron una citación y la llamaron a descargos, pero no se le indicó los motivos que se le imputaban, por lo que no pudo preparar su defensa.
- Que inmediatamente terminó la audiencia de descargos le fue entregada la carta de terminación del contrato de trabajo.
- Que la actora aparece como socia de la empresa demandada.
- Que creó la empresa junto con la señora SANDRA OLIVIA MELENDEZ PABON, ya que la actora le prestó \$50.000.000,00 para crear la sociedad y como garantía del préstamo, colocó el 50% de las acciones de la sociedad a su nombre.
- Que suscribieron un contrato privado y confidencial de préstamo de dinero el día 26 de marzo de 2018, documento que fue autenticado en la notaría 28 del círculo de Bogotá.
- Que se acordó que la demandante no tendrá ninguna incidencia ni responsabilidad operativa en dicha sociedad.
- Que de acuerdo a lo anterior, la demandante no podía actuar por cuenta propia ni firmar negocios o documentos de la sociedad mencionada.
- Que el día de la diligencia de descargos, no tuvo tiempo presentar ante la empresa demandada el citado documento confidencial, en virtud a que lo tenía en su residencia, así como tampoco se le dejó estar asistida por dos compañeros de trabajo. (fl.- 2-3)

Una vez admitida la presente acción, la empresa demanda, procedió a dar contestación, en la que se opone a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 3, 7, 8, 9, 14 a 24, 27 y 28, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y prescripción. (fl.- 33-46)

Tramitada la primera instancia, la Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, en la que resolvió, condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, en cuantía de \$15.911.295,00, suma que deberá ser indexada al momento de su pago y ABSOLVIÓ por las demás pretensiones de la demanda. (fl.- 108)

Como fundamento de su decisión, señaló:

“Existencia de la relación laboral y extremos del contrato. Se aduce en la demanda la existencia de una relación laboral entre las partes regida por un contrato de trabajo, por virtud del cual se desempeñó como ejecutiva de cuenta en el lapso comprendido entre el 1 de septiembre del año 2015 y el 10 de abril del año 2018. Revisado el expediente, particularmente la documentación que obra en folio 47 a 50, se advierte en ella, la existencia de un contrato de trabajo suscrito por las partes, el 01 de septiembre de 2015. A folio 8 reposa carta de terminación del vínculo laboral del 10 de abril de 2018; y a folio 9, se evidencia la liquidación definitiva del contrato de trabajo en la que figura como fecha de ingreso el 1 de septiembre del año 2015 y como fecha de retiro el 10 de abril de 2018. Constando que el cargo desempeñado fue el de ejecutiva de cuenta, con una asignación de diez millones ciento cincuenta y seis mil ciento cuarenta y seis pesos (\$10.156.146).

Por esta vía entonces, se encuentra acreditada la existencia del contrato de trabajo aducido en el libelo introductorio, siendo pertinente señalar que el mismo se sometió a las reglas de los contratos de duración indefinida y se pactó la asignación salarial bajo la modalidad de salario integral. Sentadas las anteriores premisas y por razones de orden, considera el despacho que es pertinente emitir el pronunciamiento, inicialmente respecto de las condiciones en que operó la terminación del contrato de trabajo de la demandante. Se advierte

en la demanda o se aduce en la demanda que, la desvinculación de la demandante operó sin ninguna justa causa, en relación con este aspecto, se advierte que corresponde al trabajador acreditar en estos escenarios el despido del que afirma haber sido objeto y corresponde una vez acreditado lo pertinente, acreditar al empleador, en este caso, la justa causa o la configuración de la justa causa aducida para efectos de la terminación del contrato.

En relación con este aspecto, se advierte que obra a folio 8 del expediente, comunicación del 10 de abril de 2018, suscrita por Leidy Paola Pérez Rivera, como personal de talento humano, dirigida a la accionante, en la que le informa la terminación de su contrato laboral del cargo Development and Integration Mánager con justa causa a partir del 10 de abril de 2018, en las condiciones allí señaladas. Al indicar que, se incumplió la cláusula primera del contrato de trabajo, al figurar como representante legal suplente de la empresa Halcone Consulting S.A.S. la cual maneja la misma actividad económica de Projection Core Consulting S.A.S.

Teniendo en cuenta lo anterior, se acredita por la parte demandante el despido del que afirma haber sido objeto, junto con la liquidación que obra a folio 9, en la que igualmente se registra como motivo de la terminación el despido del empleador. En este contexto, correspondía a la parte demandada, acreditar la justa causa o el hecho configurador de la justa causa respectiva. Ahora bien, con miras al esclarecimiento de los hechos militan en el expediente las siguientes pruebas relevantes: contrato de trabajo a término indefinido, que obra a folio 247 a 250 del expediente, con el que se vincula a la demandada al servicio de la accionada, el cual en su cláusula primera señala que el empleador contrató los servicios personales del trabajador y este se obliga a poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo en forma exclusiva en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y las labores anexas y complementarias del mismo, de acuerdo con las ordenes e instrucciones que le imparten su empleador o sus representantes y a no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio durante la vigencia del contrato.

Anexo al contrato individual de trabajo a folio 53, relacionado con acuerdo de confidencialidad, por virtud del cual se compromete efectivamente la demandante a no revelar información de la empresa a la que pueda tener acceso con ocasión de su cargo. Milita citación a descargos del 10 de abril de 2018, en la forma en la que aparece a folio 54 del expediente, acta de descargos del 10 de abril de 2018, en la forma que aparece en folios 14 a 15 y 55 a 56, en la que se indaga a la demandante sobre los hechos que dieron lugar a su desvinculación, particularmente se consignan en esta documental que la demandante reconoce que se constituyó la empresa Halcon Consulting, destaca que se realizó para hacerle un favor a la señora Sandra Meléndez, pues no tenía dinero para constituir la empresa y asegura que solo puso el dinero que su interés no fue agregar competencia, y que no era

consciente en el momento que esa circunstancia le fuera a traer algún tipo de problema, que no verificó la cláusula primera del contrato de trabajo y destaca que incumplió la cláusula pero que no lo hizo con intención. Destacando que, hay un documento que se hizo en donde dice que la seora Vargas no va a tener responsabilidad con Halcon y que su única relación es con capital y nada más, que eso lo hizo para garantizar que le devolvieran el dinero que ella había prestado y que en ningún momento ha suministrado información de la compañía para compartirla con alguien; que lleva trabajando 30 años honestamente con la empresa, y que ad portas de pensionarse, no es su intención seguir trabajando en esas condiciones. En estos términos se elevó la diligencia de descargos, igualmente milita en el informativo, la comunicación de terminación del contrato de trabajo, en la que se aduce como justificación la violación del artículo 58 numeral segundo del Código sustantivo del Trabajo y la cláusula primera del contrato laboral.

Se practicaron las pruebas decretadas, particularmente el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada, se practicó interrogatorio de parte a la demandante, quien en términos generales señala que, efectivamente participó en la constitución de esa empresa, Halcon Consulting, aunque señala que ella no iba a hacer algún tipo de intervención, que si bien aparecía como representante legal suplente, pues, esa circunstancia era una garantía para obtener el retorno de unos recursos que había suministrado para el financiamiento de esa sociedad, a quien en la realidad, efectivamente iba a fungir como propietaria de esa empresa Halcon Consulting. Conviene precisar que a folio 17 del expediente, obra contrato privado y confidencial de préstamo de dinero, con nota de presentación personal del 26 de marzo de 2018, en donde se indica que, como garante inicial de la devolución del dinero, la señora Sandra Olivia Meléndez Pabón. Coloca el 50% de las acciones de la sociedad la señora Sonia Ivonne Vargas Rodríguez y se incluye como accionista dentro de la sociedad hasta el momento en que la señora Meléndez Pabón le haga la devolución de dicho monto dentro de los dos años siguientes, teniendo en cuenta un plazo máximo de tres años contados a partir de la firma del documento privado. También destaca que, la sociedad Halcon Consulting S.A.S es propiedad exclusiva de la señora Sandra Olivia Meléndez Pabón, y que ella será quien tome las decisiones y responsabilidades de dicha compañía, autónomamente, ya que las acciones entregadas, son una garantía de un préstamo recibido. Que la señora Sonia Ivonne Vargas Rodríguez, no tendrá incidencia, ni responsabilidad operativa en la sociedad, que la figura, como bien se estipula en la cláusula primera del presente documento, es solo una forma de garantizar la devolución del dinero prestado, para la constitución de la sociedad, por tanto, no podrá actuar por cuenta propia a nombre de la sociedad y no podrá firmar negocios o documentos legales, a pesar de estar incluida dentro de la organización. Se alude a los intereses pactados y se acuerdan de que, las ganancias no serán distribuidas con la señora Sonia Ivonne Vargas Rodríguez. Destaca que quien tendrá responsabilidad de todas las

actuaciones es la señora Sandra Olivia Meléndez Pabón, dueña única de la organización Halcon Consulting S.A.S. conviene precisar que este documento, fue presentado en notaria el día 26 de marzo de 2018, esto es previamente a la desvinculación que se operó de la demandante el 10 de abril de 2018 en la forma en que aparece a folio 8 del expediente.

Ahora bien, se encuentra, de acuerdo con lo anterior, acreditada en el informativo, que efectivamente la demandante en el marco de su contrato de trabajo, se comprometió a desarrollar sus actividades con exclusividad al servicio de la convocada a juicio en los términos de la cláusula primera del contrato de trabajo y que se comprometió a no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio durante la vigencia del contrato. Igualmente, se encuentra acreditado en el informativo que la demandante participó en la creación de la sociedad Halcon Consulting S.A.S. y que, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de esta sociedad, obra como representante legal suplente, siendo pertinente señalar que los objetos sociales de ambas sociedades son prácticamente iguales, salvo algunas excepciones en cuanto a las actividades, pero en términos generales, son objetos sociales similares. En este contexto, acreditado que efectivamente la demandante figura como accionista o se suministró el 50% de las acciones a su nombre y que figura como representante legal suplente en esta sociedad Halcon Consulting. Debe verificar el despacho si esta circunstancia en términos de ley configura una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Así las cosas, conviene precisar que en los términos del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7 subrogado del decreto 2351 de 1965, son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del empleador: 2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo. Para lo que nos interesa, se prevé en el numeral sexto de esta disposición, que es justa causa para dar por terminado el contrato: “cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”. En la comunicación del despido, se alude a que a las previsiones del numeral segundo del artículo 58 del CST. Revisada la disposición se advierte que la obligación que aduce la accionada como sustento del despido se refiere a no comunicar con terceros, salvo autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente, sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda generar perjuicios al empleador. Lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta causal o esta obligación, requeriría para deducir que hay una violación, que se hubiera comunicado con terceros por parte de la trabajadora, salvo autorización expresa, informaciones que tuviera sobre su trabajo, especialmente, sobre cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda generar perjuicios a su empleador, dentro de este contexto, en la comunicación de despido, no se aduce por el empleador que la demandante haya comunicado con terceros algún tipo de información a la que haya tenido acceso con ocasión de su trabajo o cosas que sean de naturaleza eminentemente reservada o que su divulgación pudiera ocasionarle perjuicios a la empresa. En esta comunicación simplemente se alude a que el hecho configurador de la violación de la cláusula primera del contrato fue su designación o que el hecho simple de figurar como representante legal suplente de la empresa Halcon Consulting S.A.S.

Teniendo en cuenta lo anterior, pues por esta vía, no podría aducirse en el informativo que la demandante haya incurrido, con ocasión como designación de representante legal suplente, en comunicar con terceros, informaciones que tuviera sobre su trabajo o sobre las cosas que sean de naturaleza reservada, sumado a que nada se alude a este tipo de circunstancias en la comunicación de despido. Ahora bien, sabido esto que, dentro de este contexto, la comunicación de despido puede presentarse desde varias maneras o señalando escuetamente la causal jurídica en la que se hubiere configurado la conducta. Circunstancia que es riesgosa, en la medida en que, lo importante es que la persona se entere del hecho configurador de la justa causa, también, puede suceder que se le indique las razones por las cuales es desvinculada y que simultáneamente se tipifique la conducta dentro de alguna de las causas legalmente establecidas y que a pesar de que haya una mala tipificación, evidentemente, lo importante es que el trabajador se haya enterado de cuál fue la razón de su desvinculación. Dentro de ese contexto, se reitera: no se aduce, respecto de la demandante que ella haya filtrado algún tipo de información a la empresa Halcon Consulting S.A.S. puntualmente, que permita deducir la violación de esa confidencialidad que conviene precisar en el contrato de trabajo se calificó como falta grave que ameritaba evidentemente la terminación del contrato de trabajo. Nótese que la cláusula séptima se indicó, cuáles eran las justas causas para dar por terminado el contrato y las faltas que se calificaran como graves, destacándose que en la cláusula novena se requiere por parte de la empresa una absoluta confidencialidad, respecto de los proveedores, clientes, trabajadores y todo lo demás. Y que constituye falta grave, causal suficiente de terminación del contrato, en el evento que, al sucederse la incidencia, la relación laboral se encuentre vigente. Además, el trabajador debe indemnizar la totalidad de los perjuicios.

Dentro de ese contexto, evidentemente no se advierte, que a la terminación del contrato de trabajo se le haya aducido a la demandante que hubiere violado esa confidencialidad, suministrando algún tipo de información de carácter reservado y por esta vía,

evidentemente no nos encontramos en la presencia de una conducta que se califique como falta grave que amerite la terminación del contrato y tampoco, podríamos deducir la violación del numeral segundo del artículo 58 del CS. Ahora bien, dentro de ese contexto y a pesar de que pudiera haber un error en la tipificación normativa de la causal, entiende el despacho que, el hecho de figurar como representante legal suplente de Halcon Consulting S.A.S. en criterio, entiende este operador judicial del empleador, violó la exclusividad en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado en la medida en que la demandante se comprometió a no prestar directa o indirectamente servicios laborales a otros empleadores ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio durante la vigencia del contrato, dentro de este escenario, estaríamos en la configuración de la causal sexta, cuando se refiere a cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST, pero no de la obligación del numeral segundo del artículo 58, si no la obligación del numeral primero de esa disposición normativa que señala lo siguiente: “ Son obligaciones especiales del trabajador: 1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido” . En este contexto, la obligación legal de la demandante a realizar personalmente la labor, en los términos estipulados, evidentemente en el contrato de trabajo, esto es en exclusividad y sin trabajar por cuenta propia en el mismo oficio durante la vigencia del contrato.

Ahora bien, para que esta violación que podría generarse con ocasión de la designación de la demandante como representante legal suplente de la empresa Halcon Consulting S.A.S. que es el hecho en el cual se cimenta el despido, justifique la terminación del contrato, debía exhibirse que esa circunstancia o esa violación de la exclusividad fuera susceptible de ser calificada como grave dentro de ese escenario, revisado el expediente y analizadas las pruebas practicadas en el informativo, en su conjunto, podría deducirse que si bien es cierto, la demandante aparece registrada como representante legal suplente de la empresa Halcon Consulting S.A.S. que es la única situación oponible al empleador en el marco de lo que se ventilaba en el momento de la desvinculación, pues, podría entenderse que efectivamente simplemente por ese hecho había violado la exclusividad, pues, de acuerdo con eso, esta simple manifestación, implicaría que estaría trabajando por cuenta propia en el mismo oficio, pues aparece como representante legal suplente de una empresa que se dedica al mismo objeto social de la entidad aquí demandada.

Ahora bien, en relación con si esa circunstancia reviste la gravedad suficiente para que, justifique la terminación del contrato de trabajo, considera este operador judicial, que en las condiciones probatorias en que milita el plenario, no puede inferirse que, esa violación haya sido particularmente grave. Es una violación, pero no necesariamente

reviste la gravedad necesaria para justificar la terminación del contrato de trabajo. Nótese que, con ocasión de lo advertido dentro del proceso, si bien es cierto, la demandante aparece como representante legal suplente entre el momento en que es designada en esta sociedad Halcon Consulting S.A.S. no se evidencia que haya ejercido en reemplazo de la representante legal principal alguna actividad de carácter comercial o de índole decisiva al interior de esa otra empresa que tuviera siquiera, digamos alguna posibilidad de afectar negativamente a la sociedad aquí demandada, lo reprochable y que si revestirá gravedad en algún escenario, en criterio de este operador judicial, sería que ante una ausencia del representante legal principal, entrar a fungir la demandante como representante legal suplente y por esa vía adoptar decisiones que implicarían el desarrollo de competencia con su empleador, lo que en ese caso considera el despacho si sería grave circunstancias que en primer lugar: 1 no se aducen en la comunicación de terminación del contrato y; 2. tampoco se evidencia que hayan acontecido en el sub Lite en estas condiciones, pues considera el despacho que si bien es cierto, la demandante habría incumplido una obligación contractual y por esa vía habría violado una de sus obligaciones de carácter legal, particularmente la del numeral primero del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, tal violación no reviste o no revestía la gravedad suficiente para que se diera por terminado su contrato de trabajo. Nótese que revisado el contrato de trabajo al calificarse las faltas, las conductas susceptibles de entenderse como faltas graves, no se indica una circunstancia semejante o no se indica que el hecho de fungir como representante legal o como accionista de otra sociedad comporte una falta grave, la falta grave o lo que le parecía al empleador en su momento como grave era precisamente la violación de la confidencialidad, circunstancia que evidentemente no se encuentra acreditada en el informativo y que de haberse acreditado evidentemente, pues al ser calificada como falta grave ameritaría la terminación del contrato de trabajo.

No obstante, lo anterior, se reitera en el sub-Lite, no se calificó como falta grave dentro de este contexto, la violación de otras obligaciones en el contrato. Nótese que en la cláusula séptima, reitera el despacho, se indica que son justas causas para terminar unilateralmente este contrato por cualquiera de las partes, las enumeradas en el artículo séptimo del decreto 2351 del 65 y además por parte del empleado, ni siquiera del empleador, las faltas que para tal efecto se califiquen como graves en el espacio reservado para las cláusulas adicionales del presente contrato, en caso de que el trabajador decida por terminado el contrato de manera unilateral, debe dar un preaviso, se señala allí. No se indica siquiera, por ejemplo, en esa cláusula que se constituye falta grave. O que constituye falta grave, la violación de las obligaciones legales. Si se hubiera indicado algo por el estilo, el hecho simple de violar una obligación de carácter legal, ya configuraría una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, pero ello no se indicó y la empresa se preocupó evidentemente por calificar como grave, es la violación de esa obligación de confidencialidad, misma que pues evidentemente no se sustenta en la comunicación de terminación del

contrato y que tampoco se acredita en el informativo que se haya verificado por parte de la demandante, pues no surgen de las pruebas que obran en el informativo que con ocasión de la constitución de esa empresa, la accionante haya suministrado algún tipo de información reservada de su empleador.

En estas condiciones, pues considera el despacho que evidentemente al no ser una violación grave de las obligaciones legales por parte de la demandante, no se configura la justa causa aducida en la comunicación de terminación del contrato de trabajo y, en consecuencia, debe predicarse que la terminación de la demandante se produjo sin una justa causa debidamente comprobada. Establecido lo anterior, en relación con los efectos de esta terminación del contrato de trabajo sin justa causa, conviene precisar que la accionante solicita su reintegro al puesto de trabajo en las mismas condiciones contractuales y salariales que tenía al momento del despido al ostentar la condición de trabajadora pre pensionada. En relación con este aspecto y la estabilidad laboral reforzada de personas que se encuentran cercanas al cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de vejez, resulta pertinente señalar que esta garantía se ha previsto para las entidades estatales que por cuestiones de reestructuración administrativa optan por desvincular a su personal, siendo pertinente señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho extensiva esta garantía al sector privado y para el efecto resulta pertinente traer a colación la sentencia T 357 del 6 de julio del año 2016, siendo magistrado ponente el Dr. Jorge Juan Palacio Palacio, en la que se indica lo siguiente, abro comillas “en este orden de ideas, la condición de pensionado como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentra en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cubija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentran próximos a cumplir con los requisitos para acceder a una pensión, por lo que puede decirse que tiene la condición de pre pensionado, toda persona que con contrato de trabajo de trabajo le falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad o tiempo de servicios o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

Conviene precisar entonces que esta protección especial fue prevista en la ley 790 del año 2002, reglamentada por el decreto 190 del año 2003 que reglamentó parcialmente la ley 790 del 2002, en donde se precisó que el servidor próximo a pensionarse es aquel que le faltan 3 años o menos contados a partir de la promulgación de la ley para reunir los requisitos de edad o tiempo de servicios, semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez. Ahora bien, conviene precisar dentro de este contexto que la Corte Constitucional en las sentencias T 357 de julio del 2016 previó que tiene la condición de pensionable toda persona con contrato de trabajo que le faltan 3 años o menos para reunir los requisitos de tiempo de servicios o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez. En el caso de los pre pensionados, la corte ha protegido los

derechos de estas personas cuando su desvinculación supone una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que sus salarios y eventual pensión son la fuente de su sustento económico, en ese orden de ideas, las personas que tienen la condición de pensionados gozan de estabilidad laboral reforzada que busca protegerlos de un despido ilegal injusto, hasta el momento que sea el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación.

No obstante, lo anterior, en tratándose del régimen pensional del sistema general de pensiones. El régimen de prima media con prestación definida prevé dos requisitos para acceder a la pensión de vejez, esto es: la edad y las semanas mínimas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo único que se exige, en principio es el contar con el capital necesario para acceder a la prestación, sin importar necesariamente el cumplimiento de la edad, salvo que se trate del cumplimiento de la garantía de pensión que opera en este sistema. Ahora bien, en ese escenario resulta pertinente señalar que cuando el único requisito pendiente por cumplir es el de la edad, contando con las semanas mínimas, la Corte Constitucional en SU 003 del 8 de febrero del año 2018, siendo magistrado ponente el Dr. Carlos Bernal Pulido, indicó lo siguiente: “los servidores pre pensionados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acreditó el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada y pre pensionable, dado que el requisito faltante de la edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente en estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Sobre este aspecto es pertinente señalar que la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de octubre del año 2018, radicación 71.176, siendo magistrada ponente, la doctora Clara Cecilia Dueñas, señaló “luego el hecho de que el ad quem dedujera que los actos cometidos por el demandante se circunscriben a las causales ya mencionadas, no tiene la virtualidad de quebrar su determinación, pues como lo ha sostenido la sala, basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador y que den lugar a su despido, de manera que le permitan en ese momento conocer los móviles que generaron esa determinación, a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna correspondiente, la juez de trabajo verificar si dichos motivos invocados están o no tipificados”.

Se tiene entonces que el contrato de trabajo, como ya se indicó finalizó por decisión unilateral de la empresa, la que le fue comunicada al 10 de abril del año 2018, misma que como ya se ha indicado, pues no comportó, la configuración, en términos de ley, de una justa causa de terminación del contrato de trabajo. Ahora bien, conviene precisar dentro de este contexto que revisado el expediente se encuentra acreditado que la demandante se encontraba afiliada durante su

vinculación con la convocada a juicio al régimen de ahorro individual con solidaridad y dentro de este contexto, igualmente se encuentra acreditado en el informativo que cuenta, al tenor de la documental que obra a folios 83 y siguientes, con 1367 semanas de cotización entre Colpensiones, otras administradoras y porvenir, presentando un capital acumulado total de treientos nueve millones treientos veinte ocho mil ciento veintinueve pesos (309.328.129), siendo pertinente señalar que dentro de este contexto se encuentra acreditado que la demandante, pues cuenta con el capital suficiente para garantizar el reconocimiento de una pensión de vejez dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, igualmente, contaría con los requisitos para la garantía de pensión mínima y, en consecuencia, si pudiera predicarse el cumplimiento de la edad al tenor de los criterios jurisprudenciales reseñados, comoquiera que cuenta con los otros presupuestos para acceder al derecho, pues no es sujeto de la estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados, quienes pues por su definición son personas que no cuentan con los requisitos para acceder a la prestación, correspondiéndole entonces dentro de este contexto, esperar a la demandante o tramitar de una vez su solicitud para ver si puede acceder bien sea la garantía de pensión mínima o a una pensión de vejez en los términos del régimen de prima media con prestación definida.

Dentro de este contexto, pues evidentemente, no hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda relacionadas con el reintegro por su condición de pre pensionada, pues evidentemente, dentro de este contexto, cuenta con la densidad de semanas de cotización que le garantizan acceder a la garantía de pensión mínima e inclusive con el capital necesario para eventualmente beneficiarse del reconocimiento de una pensión de vejez, por lo que en este aspecto pues no está en riesgo, digamos que el reconocimiento prestacional, en consecuencia, se reitera, no hay lugar a la prosperidad de las súplicas de la demanda relacionadas con el reintegro y sus consecuenciales.

Ahora bien, como quiera que subsidiariamente al reintegro se solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, conviene precisar dentro de este escenario que efectivamente se encuentra acreditado en el plenario que la desvinculación de la demandante operó sin una justa causa, debidamente comprobada y en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, pues evidentemente tiene derecho al reconocimiento de la indemnización allí tarifada, siendo pertinente señalar que al percibir una asignación salarial equivalente a diez millones ciento cincuenta y seis mil ciento cuarenta y seis mil pesos (10.156.146) bajo la modalidad de salario integral, pues estamos en presencia de una trabajadora que percibe más de 10 salarios mínimos legales mensuales, en consecuencia, el monto de la indemnización se tarifa en el equivalente a 20 días por el primer año y 15 días por año subsiguiente y proporcional por fracción de año.

Así las cosas, verificados los extremos temporales de la vinculación contractual laboral de la demandante con la convocada a juicio y

verificadas las operaciones aritméticas de rigor, procede la condena a cargo de la accionada por la suma de quince millones novecientos once mil doscientos noventa y cinco pesos (15.911.295), valor por el que se fulminará la condena. Teniendo en cuenta que se solicita la indexación de este valor, igualmente procede el reconocimiento indexado de la indemnización, tomando para el efecto del IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de la indemnización, igual a valor indexado. Así, deberá tomarse como índice inicial el del mes de abril del año 2018 y como índice final, el de la fecha en que se verifique el pago por parte de la demandada”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, así

DEMANDANTE: *Muchas gracias señor juez, estando entre la oportunidad procesal, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en el día de hoy. En cuanto a que no concedió el reintegro de la demandante a pesar de estar cobijada por la garantía de pre pensionada por falta de menos de 3 años para acceder a la pensión de vejez.*

Teniendo en cuenta que se calificó que el despido del que fue objeto mi representada no fue probado por parte de la demandada y en consecuencia se consideró que no existía una justa causa, es decir, que el despido se hizo sin justa causa. Entonces, mis razones de inconformidad son las siguientes:

En primer lugar, debe mencionarse que si bien es cierto, la trabajadora estaba en el régimen de ahorro individual, también se debe tener en cuenta que de acuerdo a su condición de vida y al salario que ella devengaba en el momento del despido, al ser retirada del servicio, se afectó su mínimo vital y la Corte, en reiteradas sentencias, ha manifestado que el mínimo vital no es el salario mínimo que devengue el trabajador, si no que es aquel que necesite para su subsistencia y además, de acuerdo a los hábitos y a las condiciones de vida en que normalmente el trabajo se desarrolle. Se debe tener en cuenta que, si bien es cierto, el despacho habla de que tenía derecho ya a una pensión mínima, por todos es sabido que, hay una gran diferencia entre lo que es en la prima media con prestación definida y el ahorro individual. Si tiene una determinada suma de dinero la trabajadora, eso no implica se pueda pensionar ya, o si se tiene derecho a pensionarse, pues no va a cubrir sus necesidades y su mínimo vital.

También es claro que, la ley 790 del 2002, inicialmente, pues fue elaborada para a los trabajadores del sector público, pero también es cierto y como acertadamente lo dijo el despacho, se puede aplicar o se aplica a los trabajadores del sector del sector privado. Y la Corte Constitucional, en la sentencia 638 del 2016, manifestó que la estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse.

Dice “la estabilidad laboral de los pre pensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, a no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentra ad-portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Para el presente caso, pues la demandante estaba ad-portas de su pensión de vejez, porque le faltaba menos de 3 años para cumplir la edad, exactamente le faltaban 10 meses, condición que fue acreditada en el plenario, tanto con el Registro Civil de nacimiento de ella, como también con el número de semanas que tenía, las cuales, pues supera las 1300, que es lo que establece la ley 797 de 2003.

La honorable Corte Constitucional, también a través de la sentencia C 038 de 2004, manifestó lo siguiente: “el mandato de progresividad implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto, todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático. Puesto que, precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que haya sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie, eso significa que como esta corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional. Pero puede ser justificado y por ello estar sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesaria, ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”. También señala la corte que, se debe tener en cuenta o que se debe remitir a los principios constitucionales que rigen la materia, como es el artículo 53 de la Constitución Política, donde se señala la irrenunciabilidad de los derechos mínimos de los trabajadores y el derecho de acceder a la pensión de vejez, así, como también lo establece el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia. Entonces, pues consideró con todo respeto que aquí con el fallo, se está desconociendo un principio fundamental de la trabajadora, como es la aportación a su mínimo vital, establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. Se está presumiendo que, con la pensión mínima, puede garantizar su mínimo vital, cosa pues, que realmente no es cierto.

Entonces consideró que el hecho de que se haya declarado que el despido fue sin justa causa, porque el mismo pues no se probó de manera fáctica ni jurídica, de acuerdo con las pruebas, tanto arrimadas al plenario como practicadas por el despacho. Significa que, al no haber un despido sin justa causa, la trabajadora tiene derecho a que se le conceda el reintegro, porque reitero, estaba dentro del grupo de las pre pensionados y lo que ha dicho también la corte es que, se debe acreditar, primero que le falten menos de 3 años para acceder a la pensión, 3 o menos años y también el número de semanas, cosa que dentro del proceso, dentro del expediente queda acreditado, porque precisamente, en la reforma de la demanda se allegó las semanas

cotizadas por la demandante y dentro del libelo de la demanda inicial, también se allegó el Registro Civil de nacimiento de la demandante para acreditar la edad y en donde pues establece que, efectivamente ella tenía menos de 3 años, hechos que no fueron controvertidos dentro del proceso por la parte demandada, por lo tanto, pues se le debe dar plena credibilidad.

En estos términos, dejo presentado el recurso de apelación, solicitando ante el inmediato superior que se proceda a conceder el reintegro de la demandante Sonia Ivonne Vargas Rodríguez, y como consecuencia de ello, que se le cancele los salarios dejados de percibir desde la fecha del retiro, es decir, desde abril del 2018, hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia. Respetuosamente le solicito al despacho que se conceda este recurso de apelación, teniendo en cuenta, pues el derecho que le asiste a la demandante de apelar la decisión judicial y que el mismo fue presentado y sustentado dentro de esta diligencia, que es uno de los requisitos que establece la ley 712 de 2001.

DEMANDADA: *Muchas gracias su señoría, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por su despacho, de manera especial en contra de la condena a la indemnización por despido sin justa causa y a las costas y agencias en derecho. Lo anterior y sustento mi recurso, debido a que dentro del proceso quedó demostrado que la señora Sonia Ivonne Vargas, Incumplió con la obligación contenida en la cláusula primera de su contrato de trabajo, al constituir una sociedad con su ex compañera de trabajo y extrabajadora, la señora Sandra Meléndez, sociedad denominada Halcon Consulting SAS, sociedad que tenía el mismo objeto social que la sociedad que represento. Lo anterior demostrando que esta por cuenta propia estaba desarrollando la misma labor para la cual había sido contratada por mi representada. Ahora bien, manifiesta el despacho que el hecho de que fungiera como representante legal suplente y que no haya ejercido dicha o no se tenga prueba de que haya ejercido su calidad de representante legal, quiere decir que esta, pues no incumplió la obligación. Vale rescatar que la señora Sonia, tenía igual las obligaciones y derechos como representante legal que constituyó la sociedad, que fungió como tal, por lo cual, no es motivo para eximir de la responsabilidad y decir que no haya que no existió un incumplimiento como tal, ahora también manifiesta el despacho, que considera que esta no es una falta grave, me permito remitirme a lo que ha expresado la jurisprudencia, abro comillas, perdón de la sentencia 40114 del 27 de febrero de 2003 del Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, en el que menciona: “la obediencia del empleado a las órdenes del patrono, constituye pues un deber cardinal suyo que emana de la esencia misma del vínculo jurídico que los ata y su inobservancia no puede ser calificada judicialmente como leve, así se trata de un servicio antiguo, ya que el mantenimiento de la disciplina interna de su empresa estaría que le incumbe de modo privado al patrono y que por ende no es dable compartir al juez”. En virtud de lo anterior y como lo configura como violación grave del contrato de trabajo, está la violación de obligaciones y deberes, está totalmente especificado en el contrato que la obligación por parte de la Sra. Sonia era ejercer la labor de manera exclusiva. Ella actuó en contravía de dicha cláusula, por lo cual y con la prueba testimonial, con la prueba documental con el simple certificado, existencia y representación legal, está totalmente demostrado que ella incumplió*

dicha cláusula, lo que es un motivo suficiente, para dar por terminado el contrato de trabajo.

Ahora bien, también es necesario tener en cuenta que el contrato privado firmado por la señora Sandra Meléndez y la señora Sonia, en la que manifiestan que esto solo es una forma de asegurar un préstamo de dinero, resulta siendo contrario a la lógica, teniendo en cuenta que el ordenamiento colombiano tiene infinidad de formas para garantizar una deuda, y que resulte siendo un contrato privado el que le autoriza, pues digamos, ser representante legal de una sociedad, el que garantice la deuda o el pago de la deuda. En virtud de lo anterior, presento y sustento mi recurso de apelación, muchas gracias su señoría.

CONSIDERACIONES

En consonancia con los recursos de apelación formulados por los apoderados de las partes y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., aborda la Sala el estudio de los mismos, encontrando que la parte demandada, señala que en el presente proceso se logró demostrar que la actora incumplió con sus obligaciones, en especial la establecida en el literal b) del artículo primero del contrato de trabajo. Por su parte la actora solicita que pese a que se declaró que el contrato de trabajo terminó sin justa causa, considera que en el presente caso de se debe ordenar el reintegro al cargo que ocupaba, al tener la calidad de pre pensionada.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario señalar que no fue objeto de discusión los hechos relacionados con la existencia del contrato de trabajo, el cargo desempeñado por la actora y el salario devengado por la misma, por lo que se tiene que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con salario integral y a partir del 1 de septiembre de 2015, desempeñando el cargo de Gerente de cuenta.

Establecido lo anterior, pasa esta Sala al estudio del recurso interpuesto por la parte actora, encontrando que, respecto de la estabilidad laboral reforzada, de personas próximas a pensionarse, que ésta figura tuvo su origen en un desarrollo jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, y son varias sentencias que profirió esta alta corporación.

De esta manera la H. Corte Constitucional señala que la estabilidad laboral ha sido concebida como una garantía con la que cuenta el trabajador, para permanecer en el empleo, a pesar de que su capacidad laboral se pueda ver disminuida por razones de índole psicológico o físico.

Inicialmente esta prerrogativa se concibió para garantizar la permanencia en el empleo de las mujeres embarazadas, madres o padres de cabeza de familia, personas que padecen diversas enfermedades y afectaciones de salud o presenten algún tipo de discapacidad o invalidez, y los aforados.

Así mismo, en sentencia T 089 de 2009, precisa que la noción del pre pensionado comprende aquellas personas que laboran en entidades estatales en proceso de liquidación, dentro de los programas de renovación de la administración pública, a quienes les falten 3 años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión. Esta noción fue reiterada en la sentencia C 795 de 2009, cuando en su texto se precisa que tienen la condición de pre pensionados para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de la renovación de la administración pública “el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez...”.

En la T 638 de noviembre 16 de 2016, indicó la corte también que la aplicación del llamado reten social representa desequilibrio entre dos personas que si bien pertenecen a sectores diferentes constitucionalmente se encuentran en la misma situación y, por lo tanto, debe dársele el mismo trato. Por eso resalto que el derecho a la igualdad, al trabajo y a la seguridad social permiten extender este beneficio a quienes laboren para las empresas privadas, pues aunque no existiera una norma que determine la estabilidad laboral cuando son pre pensionados los valores y principios constitucionales no pueden pasarse por alto, dijo la corte.

Así mismo se encuentra que en la SU 003 de 2018, se unificó la jurisprudencia constitucional en relación con el alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada, de los pre pensionados, señalando que si el trabajador, cuenta con la densidad de semanas mínimas, faltando como último requisito el de la edad, no habrá estabilidad laboral reforzada, puesto que se trata de un requisito que puede ser cumplido por el empleado con posterioridad y con independencia de la existencia del contrato de trabajo.

Ahora bien, en el presente caso se encuentra de los mismos hechos de la demanda que al momento de la terminación del vínculo laboral, la actora contaba con más de 1300 semanas de cotización, por lo que únicamente le hacía falta el requisito de la edad, para acceder a su pensión de vejez, por lo que, de conformidad con la sentencia antes señalada, la actora no es beneficiaria de la estabilidad laboral que reclama en calidad de pre pensionada, siendo procedente la confirmación de la sentencia en este aspecto.

Ahora, en cuanto al recurso interpuesto por la parte demandada, y en el que señala que en el curso del debate probatorio, se demostró la existencia de la causa que se le endilgó a la parte actora y que sirvió de base para la terminación del vínculo, es necesario hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, se encuentra que el parágrafo único del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, obliga que en el momento de la extinción se deben expresar las causas o motivo de la ruptura a fin de que la parte que termine unilateralmente el vínculo contractual no pueda sorprender posteriormente a la otra alegando motivos extraños que no adujo, distintos al que manifestó como justificativo de la terminación.

Ahora bien, de la revisión de la carta de terminación del contrato, se encuentra que se estableció:

*“Projection Core Consulting S.A.S. da por terminado su contrato laboral del cargo **development & integration Manager**, con justa causa a partir de la fecha, hoy 10 de abril de 2018, de acuerdo al decreto 58 numeral 2, en concordancia con la cláusula primera del contrato de trabajo que estipula lo siguiente:*

Primera. *El empleador contrata los servicios personales del trabajador y éste se obliga: a) A poner al servicios del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta el empleador o sus representantes, y b) A no prestar directa ni indirectamente los servicios laborales a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato.”*

Comparado lo anterior, con la totalidad de las pruebas allegadas a los autos, esta Colegiatura encuentra que, tal y como lo dice el recurrente, la empresa demandada demostró los hechos que dieron origen a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, ya que se logró probar que la actora incumplió con las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo, en especial con la indicada en el literal b) de la cláusula primera, antes transcrita.

Así las cosas, se tiene que de conformidad con el certificado de Cámara de Comercio adosado a folios 57 a 58, que la actora y la señora Sandra Oliva Mendez, constituyeron la empresa de nombre HALCON CONSULTING SAS, con matricula mercantil No. 02938695 del 26 de marzo de 2018 y en la que la demandante como representante legal suplente. Igualmente se encuentra que el objeto social de esta empresa –HALCON COLSUNTING S.A.S., es casi idéntico al de la empresa demandada y que se encuentra a folios 26 a 32 y en ambos certificados, la actividad principal es la misma: “ACTIVIDADES DE CONSULTORÍA INFORMÁTICA Y ACTIVIDADES DE ADMINISTRACIÓN DE INSTALACIONES INFORMATICAS” (ver folios 28 y 57 vto).

De conformidad con lo anterior, es claro que la actitud de la actora va en contravía de las obligaciones establecidas entre las partes en el contrato de trabajo, ya que creó una empresa que tiene el mismo oficio de la demandada y en vigencia del contrato de trabajo.

Ahora bien, en el presente caso es necesario resaltar al fallador de primer grado que la segunda parte del numeral 6 del literal A del artículo 62 del CST, se refiere a la comisión de **faltas graves calificadas así en pactos o convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos**, los cuales una vez calificados como tal, no le es dable al juzgador establecer la gravedad o no de la falta, ya que se itera las partes acordaron darle dicha connotación.

Cuestión diferente, se encuentra en la primera parte de esta disposición normativa, la que establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST.

Ahora bien, como en el presente caso la falta que se le imputa a la actora no se encontró calificada como grave, en ningún pacto o convención colectiva de trabajo, fallos arbitrales, o en el contrato de trabajo o en el reglamento interno de trabajo, sí le es dable al juzgador, además de verificar la comisión de la conducta, estudiar la gravedad de la misma y establecer si es de tal magnitud que amerita la terminación del vínculo.

En caso, esta Sala encuentra que la explicación dada por la parte actora en cuanto a la creación de la empresa, no se pudo tener en cuenta bajo ningún punto de vista, ya que, en la misma, se está indicando que se cometió una falsedad ante la cámara de comercio, ya que la actora no es socia de dicha empresa ni menos aún ejerce actividades de representante legal suplente y que dicha figura se utilizó únicamente para garantizar una deuda.

Así las cosas, se encuentra que en el ordenamiento jurídico Colombiano, existen distintos mecanismos que puedan respaldar o garantizar una obligación, tales como un pagaré, una letra de cambio, un cheque, etc. sin que se pueda tergiversar

De conformidad con lo anterior, esta Sala encuentra que la violación en la que incurrió la demandada, contrario a lo señalado por el Juez de instancia, si es grave y tiene la facultad y magnitud de dar por terminado el vínculo, por lo que se revocará la decisión adoptada y en su lugar se habrá de absolver a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO. REVOCAR el numeral primero de la sentencia apelada, y en consecuencia, **ABSOLVER**, a la demandada del reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, por las razones antes señaladas.

SEGUNDO. CONFIRMAR, en lo demás la sentencia objeto de apelación.

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

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 TORRES RUSSEK

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 37-2016-100-03

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EPS SANITAS S.A.

DEMANDADO: LA NACION MINISTERIO DE SALUD Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de ADRES a la Dra. PAOLA ANDREA RUIZ GONZÁLEZ identificada con c.c. 1.022.373.346 y T.P. 288.456 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido por la demandada en mención.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), fecha señalada por auto anterior para llevar a cabo audiencia, el Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 6 de mayo de 2019 proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la EPS demandante y la demandada ADRES.

ANTECEDENTES

SANITAS EPS S.A., actuando a través de apoderado judicial, solicita que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare la responsabilidad de la demandada Nación – Ministerio de Salud y Protección Social en la causación de perjuicios en la modalidad de daño emergente irrogados con ocasión del rechazo infundado de 33 recobros, que ascienden a la suma de \$33.151.475; como consecuencia de tal declaración, solicita se condene al demandado a efectuar el pago de dicha suma, junto con gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS, en el equivalente al 10% de dicha suma e intereses moratorios. (fls. 9 y 10 cuaderno 1)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis, que la EPS ha suministrado en cumplimiento a órdenes de tutela o por decisiones del Comité Técnico Científico a los afiliados, una serie de medicamentos, insumos, procedimiento, transportes, los cuales se encuentran excluidos del POS y posteriormente presentó reclamación del mismo al administrador del encargo Fiduciario, esto es, el Fosyga, el que realizó conforme los lineamientos previstos para el efecto por el Ministerio accionado, a través de los formatos MYT 01 y MYT 02; que la última entidad en mención, glosó los recobros reclamados con fundamento en las causales 1-03, 4-03 y 6-01, así como la glosa genérica 4-05; indicando que algunos de los servicios recobrados, correspondían a servicios incluidos en el POS.

Por lo anterior y en su momento, objetó dichas glosas a través del formato MYT 04, sin obtener el pago de los mismos, por lo que el 20 de noviembre de 2015 realizó una segunda reclamación que tampoco fue favorable. (fls.11 a 20 cuaderno 1)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó aceptar los contenidos en numerales 5, 6, 10 y 15; referentes a las solicitudes de recobro presentadas, las glosas a estas y la segunda

reclamación efectuada por la Eps demandante para el pago de las mismas, negó los No. 4, 8, 9, 13 y 16. Propuso como excepciones de fondo las que denominó culpa exclusiva de la Eps demandante, inexistencia de la obligación e improcedencia de intereses moratorios. (fl.880, cuaderno 5)

En audiencia llevada a cabo el 30 de agosto de 2017 (fl. 1003), se aceptó la sucesión procesal de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, entidad con la que se continuó el trámite procesal en calidad de pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió condenara la ADRES a pagar a la EPS demandante la suma de \$10.674.989, por concepto de 8 recobros, junto con intereses moratorios desde la fecha de notificación de las glosas MYT01 y MTY 02 y hasta que se efectuara su pago, condenando en costas a la demandada y absolvió de las demás pretensiones.

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez de primer grado:

Advierto entonces que la garantía del derecho fundamental de la salud ha impuesto la obligación de garantizar el acceso oportuno a la misma, ya sea a través de medios preventivos o en el evento de presentarse afectaciones de salud mediante la prestación de las tecnologías necesarias para el manejo de la patología, la precitada obligación conlleva la expedición de la ley 100 de 1993 como conjunto de instituciones normas y procedimientos dirigidos a la racionalización en la prestación del servicio público de la salud, esencial de la salud, y promover el acceso universal de la población al mismo, ello con base en el artículo 152 de la precitada ley. Es por ello que en el numeral 2, literal A, artículo 57, ley 100 de 1993 señaló que las personas que conforman el régimen, en ese caso el régimen subsidiado, quienes a raíz de su situación de vulnerabilidad económica no aportan para acceder a los beneficios del sistema, también señala que los afiliados tienen derecho a acceder a los beneficios en salud, esto es, las tecnologías de salud incluidas en el plan obligatorio de salud, hoy denominado plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, el cual ha sido progresivamente ampliado a fin de que los beneficios de los afiliados de ambos regímenes se alcancen en condiciones que atengan la salud de los ciudadanos. La ley 100 dispuso entonces la conformación de las EPS y de las IPS, siendo las primeras las responsables de afiliación, registro y recaudo de cotizaciones a fin de organizar y garantizar la prestación del plan de beneficios en salud. En principio, se las EPS están solamente obligadas a garantizar los servicios contenidos en dicho plan, de allí la importancia de conocer de manera precisa que tecnologías son incluidas y cuales fueron excluidas por disposición legislativa, mismo que se actualiza de manera periódica por el gobierno nacional a través del Ministerio de Salud y Protección social, en los términos indicados en el parágrafo 2 artículo 62 ley 100 de 1993, en concordancia con el decreto 2562 de 2012. Las tecnologías incluidas en el plan de beneficios lógicamente no agotan la totalidad de insumos y tecnologías desarrolladas por la ciencia médica, por lo tanto es notorio la existencia de otro amplio listado de insumos, medicamentos, procedimientos, servicios y otras tecnologías que se encuentran excluidas de dicho plan, frente a los cuales las EPS no se encuentran obligadas a su prestación.

A pesar de lo anterior, y teniendo en cuenta el derecho fundamental a la salud elevado a ley en virtud de la ley 1751 de 2015 es plausible que los profesionales médicos en uso de la autonomía y saber profesional ordenen la prestación de estos servicios no incluidos, prestaciones que pueden ser autorizadas de manera directa por el médico tratante o a

través de sentencias de tutela o por resoluciones proferidas por los comités técnicos científicos de las EPS. Cuando una EPS, a través de la IPS con la que se tiene convenio, presta tecnología de salud no incluidas en el plan de beneficio, los costos asociados a su uso no son financiados por la unidad de pago y capitación por cuanto esta únicamente sufraga las tecnologías incluidas en el plan. En ese evento, la legislación reconoce la facultad de las EPS para recobrar los costos derivados de la prestación de las tecnologías excluidas del plan de beneficios, a través del procedimiento y con el lleno de los requisitos exigidos en la resoluciones adoptadas por el Ministerio de Salud y Protección Social, a fin de racionalizar el trámite de reembolso los cuales han sido denominados como recobros, es a través de estos recobros que se efectúa la devolución de los gastos en que incurren las EPS por prestar ese tipo de tecnologías de la salud que no se encuentran financiadas con la UPC. Estando obligado el recobrante a acreditar el efectivo suministro de la tecnología a través de la factura o documento equiparable, misma que debe estar pagada por la EPS, así mismo se debe disponer la conexidad de la tecnología con el contenido del fallo de tutela o resolución del CTC, si es que dicho recobro se origina en dichos instrumentos.

Por último ha de demostrarse que la tecnología no es financiada con la UPC, ni que podía ser sustituida con tecnologías incluidas en el plan de beneficios, todo a través de los formatos dispuestos y allegando los anexos exigidos con cuidado que la solicitud sea interpuesta en el tiempo legalmente consagrado para ello, si se cumplen las anteriores condiciones, el recobro deberá ser aprobado por inicialmente los consorcios que administraban los recursos, el extinto Fosyga, hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud Adres, en virtud de lo dispuesto en la ley 1753 de 2015, cuya misión principal se encuentra en esos términos. De conformidad entonces con el anterior recuento, que de manera sucinta se realizó, procede al análisis particular del caso concreto en este asunto, para ello entonces recuerdo que la EPS Sanitas s.a. presentó demanda ordinaria laboral en su momento dirigida contra la nación, Ministerio de Salud y Protección Social, hoy Adres, argumentando que le fue negada sin justificación alguna y de manera arbitraria a la ley, el recobro de 33 recobros correspondientes a 38 ítems por valor de \$37.151.475. Como fundamento de sus pretensiones la parte allegó en físico copia de los formularios realizados de recobro MYTC01 y MYTC02 junto con sus anexos, así mismo en medio magnético allegó imagen de la respuesta dada a los precitados formularios, junto con una base de datos en formato Excel que especifica la respuesta a cada recobro, a fin de acreditar que al momento de la prestación de la tecnología en salud, la misma no se encontraba cubierta por el plan de beneficios, o en su defecto, permite el estudio de otras glosas aplicadas diferentes a esa. Así las cosas, la entidad hoy demandada se opuso a lo anterior, señalando que los recobros habían sido debidamente glosados en derecho, ya sea porque las tecnologías estaban cubiertas en el pos o porque no se acreditaron los demás requisitos exigidos por la normatividad en el trámite del respectivo recobro. Es en virtud de dicha situación y a las tesis contrapuestas presentadas por las partes que se vio en la necesidad este despacho de decretar tal como se determinó en la audiencia celebrada el día 23 de enero de 2017, la práctica de un dictamen pericial a fin de determinar si las tecnologías de salud recobradas estaban o no cubiertas por el pos vigente a la fecha de prestación del servicio de cada una de las reclamaciones y si las mismas solicitudes de recobro habían sido radicadas con el lleno de procedimiento, requisito y en los términos dispuestos para tal reclamación.

En una primera oportunidad, fue allegado el dictamen, tal y como se observa de la documental visible a folio 924-971, sin embargo en la audiencia celebrada el día 30 de agosto de 2017, se advirtió que en el mismo no se habían dado respuesta a la totalidad de puntos sometidos a estudio del perito, y fue por ello que se ordenó aclaración y complementación, la cual condujo que fuera allegado un dictamen corregido visible a folios 1006 a 1022, por el cual se dio respuesta a la totalidad de cuestiones sometidas a valoración principal, por lo menos con base en los criterios expuestos por esta autoridad judicial, con la práctica del citado dictamen se pretende verificar de manera clara, precisa y detallada la procedencia de cada uno de los recobros solicitados en este proceso, por cuanto se requiere de especiales conocimientos en la clasificación única de procedimientos en salud vigente en cada uno de los periodos en que fue prestado el servicio, de las diferentes resoluciones de actualización del plan de beneficios de salud. Es así como el perito escuchado en la audiencia celebrada el día de hoy y garantizado las objeciones, en especial solicitadas por la parte demandada, en el informe o en la ampliación se le solicitó lo siguiente: corroborar conforme la normatividad vigente al momento de la radicación de recobros si los mismos adolecían o no de defectos en cuanto al procedimiento, requisitos y términos con que debía efectuarse tal petición, determinar si la tecnología de salud recobrada tenía relación directa o no con el servicio ordenado en fallo de tutela o acta de

CTC a fin de verificar si el servicio era o no integral con la orden impartida, verificar si la EPS actora acreditó o no el pago de las tecnologías en salud recobrada ante las IPS prestadoras del servicio, determinar si la tecnología de salud prestada correspondía o no a medicamentos, insumos, productos, servicios o procedimientos no cubiertos por el plan de beneficios vigente a la fecha del servicio, así mismo, establecer si el fin médico pretendido podría o no ser alcanzado usando tecnologías pos; finalmente, determinar si existe o no reporte de pagos parciales de los recobros pretendidos. Al revisar el dictamen pericial en los términos anteriormente indicados, la conclusión que se viene de su experticia es que de los 38 ítems recobrado concluye que 29 de ellos realizados por la EPS demandante efectivamente se encuentran cubiertos en el plan de beneficios en salud; por lo cual, a la luz de lo indicado por el perito se determina su improcedencia para el reclamo de las pretensiones invocadas en la demanda, toda vez que el fundamento, de manera principal de estos recobros se determinó en establecer que los mismos correspondían a servicios no pos, dando respuesta el perito quien acreditó efectivamente sus condiciones académicas para realizar la experticia por el alto nivel técnico que se necesita y en especial el conocimiento profundo en la medicina.

Los 29 recobros para abreviar, incluso también pondré una tabla que será parte integral de esta decisión, corresponde a los números que indicaré que corresponden a los últimos 4 números de los radicados fosyga mytc01, mytc02, los que determina el perito que no eran servicios no pos y que por lo tanto no procede el recobro son los siguientes: 5032, 8240, 8240, 0218, 3031, 0346, 7089, 1399, 1399, 1399, 4368, 4660, 7043, 1236, 4279, 4045, 4456, 9063, 3493, 2445, 3176, 3329, 4696, 5428, 9390, 7674, 7675, 4311, 4311. Esta determinación del perito sin duda alguna de la experticia realizada desfavorece o hace responder de manera negativa los problemas jurídicos determinados para estos recobros, puesto que, no hubo una objeción clara y concreta de la parte demandante que permita desvirtuar lo afirmado por el galeno que sirvió como experto en el dictamen que rindió, razón por la cual respecto de ello se absolverá, advirtiendo que de la experticia rendida, reitero, no existe duda alguna del conocimiento médico especializado con que cuenta el galeno que se encargo de realizar la práctica de esa prueba, advirtiendo para todos los efectos legales que si bien el argumento expuesto por la parte demandada, en el sentido de señalar que debió realizarse con base en los procedimientos legales establecidos para auditoria médica, si bien es cierto su apreciación para el caso de que tal revisión se adelante por la entidad demandada u otra en desarrollo de su objeto social, considero que resulta acertado pero en este caso debo colegir que el dictamen rendido, y me inclino por el argumento presentado por la parte demandante, se ajusta a los parámetros procesales contenidos en el artículo 226 del código general del proceso, norma que resulta aplicable por remisión analógica en los términos del artículo 145 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social, cumpliéndose así con los presupuestos probatorios establecidos para la práctica de la experticia, el cual no requiere las formalidades indicadas por el apoderado judicial de la parte demandada. Lo anterior lo afirmo pues en todo caso al explicar el procedimiento con que se realizó, se tiene que el mismo se atiende a lo estrictamente solicitado por el juzgado y el método de resolución se atiende a la definición del problema jurídico a resolver, y por lo tanto, se admitirá la experticia, advirtiendo incluso el resultado favorable en su mayoría a favor de la empresa demandada, respecto de la exclusión de los 29 recobros o los 29 ítems en que se fundaba parte de la reclamaciones, que reitero, resultaron favoreciendo a la parte demandada. Es por ello que la decisión y en este caso por su alto contenido técnico y científico se funda en dicho dictamen, de ese dictamen quedan 9 ítems que conforme a lo afirmado por el galeno que realizó la experticia, corresponden a tecnologías no financiadas por la UPC, las cuales tal y como se aprecia a folios 1016, cuyo pago se solicitó mediante solicitud de recobro con pleno cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales exigidos para dicho trámite, folio 1018, permite concluir que teniendo en cuenta esa particular glosa que el procedimiento no se encontraba incluido en el plan de beneficios, corresponde negar o acceder de manera favorable a lo solicitado por la parte demandante, pues por el contrario, de la experticia rendida por el galeno del cual no advierto ningún reproche técnico, procedimental ni probatorio, determino efectivamente, teniendo en cuenta que de los 9 recobros entonces la glosa de manera particular correspondió a servicios no pos, se determina su procedencia en el sentido de que la glosa efectivamente era un servicio no pos, no incluido en el plan de beneficios, razón por la cual pierde la razonabilidad o la objetividad que en su momento se tuvo en cuenta por la entidad demandada o por la que antes administrara tales recursos, de que efectivamente se trataban de servicios que hay lugar a la procedencia en el recobro de, en especial, y teniendo en cuenta las objeciones presentadas por la parte demandada, sobre todo, con el recobro identificado con el consecutivo interno 122030907775 o identificado también con el myt25339334, en este como lo señaló el apoderado judicial de la parte demandada, no se realizó la glosa por servicios considerados o no incluidos en el plan de beneficios, aspecto que si bien la parte

demandante pues se justifica en el sentido de que la mayoría de los recursos fue así verificado, la información allegada sobre todo en el medio magnético e incluso por la parte demandante, se aprecia de esta reclamación las glosas siguientes fueron dos glosas, la primera, el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliado BDUA por la entidad recobrante para el periodo de la presentación del servicio. Segunda, los valores objeto del recobro ya han sido pagados por el foyyga.

De conformidad con lo anterior, se tiene que esta glosa si ha de prosperar, pues al efecto, no se puede tener como una negación indefinida que permita demostrar su prosperidad, puesto que la glosa debía ser desvirtuada por la entidad accionante, quien mas que la entidad cuenta con el registro de los afiliados y el periodo de cobertura, sin que se hubiera acreditado esa situación para el momento de la contingencia, por lo que se no accederá de manera favorable a la prosperidad de esta glosa, independientemente del informe rendido por el perito frente al procedimiento no pos, que en todo caso y a pesar de esa situación no puedo representar un error en cuanto a la experticia porque él se fundó en los puntos específicos fijados por el despacho, no verificando y así lo admitió el la glosa en específica, razón por de los 9 recobros autorizados, será excluido este recobro, recuerdo identificado con el radicado foyyga myct0102225339394 por valor de \$375.272, respecto de los 8 restantes recobros, pues no tengo ninguna oposición frente a la determinación y prosperidad establecida en el dictamen pericial. Queda así entonces resuelto el problema jurídico principal relacionado con la prosperidad de los 38 recobros solicitados, advirtiendo que 29 de ellos ya quedaron excluidos de antemano con el dictamen pericial de los 9 que se determinó prósperos en virtud del dictamen pericial y que se convalida en esta decisión solo excluyo el numero 1 identificado con el número 25339334 y en consecuencia se procederá a dictar condena respecto de los otros recobros que más adelante analizaré si se encuentran afectados o no por el fenómeno jurídico de la prescripción, el cual fue debidamente interpuesto por la entidad demandada.

Antes de ello, me pronunciare sobre la pretensión relacionada con gastos administrativos, advirtiendo que el mismo se funda en la virtud de lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 1428 de 2011, que autorizó a las EPS para tener un porcentaje no superior al 10% de la UPC como retribución por gastos administrativos en los siguientes términos, el artículo determina que el gobierno nacional fijará el porcentaje de gastos de administración de las EPS con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, las entidades promotoras de salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención, dicho factor no podrá superar el 10% de la unidad de pago por capitación. Así las cosas, se tiene que el sistema general de seguridad social adoptó como mecanismo para compensar los gastos de administración de la EPS al permitirle retener un porcentaje a la UPC, sin embargo en el presente asunto no es posible, a juicio de este juzgador, acudir a dicho mecanismo porque las tecnologías en salud recobradas no se financian con la UPC, lo que excluya que puedan recibir el porcentaje de administración incluido en dicha unidad, por lo anterior este despacho se encuentra imposibilitado para ordenar un porcentaje que solo se paga a través de la UPC, misma que no puede ser cancelada en los recobros, ya que por esencia los mismos se originaron en tecnologías que no se encuentran financiadas por dicha unidad, lo cual conduce necesariamente a absolver a la demandada de la presente pretensión, máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico consagra otros mecanismos compensatorios del no pago oportuno de sumas dinerarias, tal y como es el caso de los intereses moratorios que paso a estudiar.

Intereses moratorios. Se sustenta la pretensión en lo dispuesto en el artículo 4 del decreto 1281 de 2002, por medio del cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación. Frente a la aplicación de esta norma, la objeción que se hace por parte del apoderado judicial de la parte demandada, advirtiendo que la norma contempla una textura abierta y se tiene que sin duda alguna la obligación aquí reclamada en los términos literales solicitados por el apoderado judicial de la parte demandada, pues estaría en discusión si se encuentra o se circunscribe a su marco de aplicación, pues si bien admite que no está contemplado en dicha regulación un término particular para este tipo de recobros, sin embargo, a juicio de este juzgador y ya he tenido la oportunidad de expresarlo en otras sentencias, lo cierto es que se debe acudir a lo reglado por el artículo 24 del decreto 4747 de 2007 que también remite la aplicación del decreto 1281 de 2002 que dispone de manera clara los intereses moratorios que aplica para el procedimiento de recobro de glosas formuladas que no tienen fundamentación objetiva y establece su procedencia desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, entendiéndose entonces que a la luz de la interpretación de esta norma de manera conjunta como corresponde en el sistema, se debe aplicar esta sanción entendiéndose el artículo 4 del decreto 1281 de 2002, en concordancia con el artículo 24 del decreto 47 de

2007 que entró a suplir la deficiencia que antes se tenía y ya fijó de manera clara los criterios que se deben tener en cuenta para efectos de correr los intereses moratorios, esto es, a la presentación de la factura o cuenta de cobro, que para tal efecto, a juicio de este juzgador, todos los efectos legales de su imposición correrán con la respuesta brindada en la reclamaciones mytc01 y mytc02; por lo tanto, se dispondrá condena respecto de los mismos, advirtiendo que el interés moratorio establecido para los tributos administrados de la DIAN, ha de aplicarse con base en lo dispuesto en el artículo 279 de la ley 1819 de 2016, el cual modificó el artículo 635 del estatuto tributario, fijando que la tasa de interés moratorio respecto de las obligaciones administradas por la DIAN, será el equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la superintendencia financiera de Colombia, para las modalidades de crédito de consumo menos 2 puntos; así se condenará sin que haya lugar a establecer el monto en su cálculo, puesto que esto se genera hasta que se realice el pago efectivo y solo será hasta ese momento en que se puedan calcular, si esta decisión queda ejecutoriada.

En cuanto a la excepción de prescripción, aquí hay un particular asunto de cual término ha de aplicarse en este caso. Solicita la parte demandada que se aplique en virtud de precedente vertical, dado por la honorable sala laboral del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, que sin desconocer el argumento expresado, lo cierto es que no se presentó la sentencia en que se funda o que se solicita la aplicación respecto de esa situación, por el contrario, en esta autoridad judicial existe un criterio o precedente directo frente a una decisión, esto es, la decisión proferida el día 12 de abril de 2018, magistrado ponente Miller Esquivel Gaitán, en el proceso radicado al número 2016-613, que revocó la decisión proferida por esta autoridad judicial, en el sentido de no aplicar la prescripción en los términos de 2 años como lo solicita la entidad demandada, sino que por el contrario y en virtud de la especialidad, en virtud del principio tuitivo y la finalidad de lo pretendido en este proceso, se deben aplicar las normas generales contenida en las normas sustantivas y procedimentales del trabajo, esto es, en los términos del artículo 488 del código sustantivo de trabajo, en concordancia con el artículo 151 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social, corresponde tener en cuenta el término trienal determinado para las normas sociales, advirtiendo también y en este punto hay un asunto interesante que si bien no determina la prosperidad o no de la excepción, si es importante tener en cuenta porque se afirma que el mytc04 no debe ser tenido en cuenta como referencia para el estudio de la exigibilidad o los efectos pretendidos por la prescripción y justamente ese argumento se acompaña y fue expuesto por la decisión del tribunal que anteriormente hice referencia determinándose para todos los efectos que la exigibilidad de la obligación surge a partir de la reclamación mytc01 y mytc02 pues a partir de allí se cuenta de manera efectiva con la comunicación de la glosa interpuesta. En consecuencia, este será el criterio que tendré en cuenta y para todos los efectos procedo a estudiar efectivamente si respecto de los 8 recobros sobre los cuales recaerá la obligación, se cumplió o no, o procede o no la excepción de prescripción. Como ya lo indique, frente a la reclamación que se debe tener en cuenta con la radicación de la glosa mytc0102 y su efectiva notificación, se tiene que teniendo en cuenta la reclamaciones realizadas que en su mayoría corresponden al año 2014, entre los meses febrero, marzo, octubre, diciembre del año 2014, tomando como referencia la fecha de la presentación de la demanda, se tiene que ninguna de estas se encuentran prescritas y en tal sentido respecto de los 8 recobros que ya analizó este despacho judicial, se impondrá condena.

De conformidad con los argumentos expuestos, quedan resuelta de manera desfavorable las excepciones que fueron propuestas por la entidad demandada, con excepción de la inexistencia de la obligación respecto de la reclamación del consecutivo interno radicado número 1220030907075 identificado con radicado fosyga 25339394, respecto del cual conforme se expuso en precedencia en estas consideraciones, se declarará probada parcialmente la inexistencia de la obligación, así como respecto de los otros 29 ítems que fueron resueltos en la experticia, determinando que efectivamente correspondían a servicios pos, y de esta forma quedan resueltas todas las excepciones propuestas ya con los argumentos indicados.

RECURSOS DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Muchas gracias, su señoría, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, específicamente en los puntos a los

que me voy a referir: respecto a los 29 recobros que fueron determinados por el perito como que hacen parte del plan de beneficios en salud, antes pos, no me pronunciaré, sin embargo, respecto al recobro que se encuentra identificado con número interno de recobro 122030907075 sí solicito se revoque la decisión adoptada y se reconozca el mismo toda vez que el fundamento por el cual se exonera la demandada del pago de este recobro consiste en que aparentemente se puso una glosa al respecto que hace referencia a su inclusión o no en la base de datos del BDUA no obstante, manifiesto que no me encuentro de acuerdo con esta decisión, toda vez que como lo manifesté en su momento durante el proceso a ese recobro se le impusieron las dos glosas, una correspondiente a que los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosal y segunda uno o varios ítems incluidos en el recobro presenta alguna causal de rechazo o devolución; como se manifiesta hay dos tipos de glosa, una hace un tema aparentemente operativo, sin embargo no se precisa, lo deja abierto y de manera abstracta, la otra hace referencia a la inclusión o no del pos y por lo tanto se observa que se hace mención sobre la BDUA al momento de contestarse la demanda, que pues puede ser causal de rechazo o no pero no fue mencionada en que se impuso la glosa, lo cual evidentemente vulnera el derecho de mi mandante a pronunciarse sobre la misma, de manera específica, poderla subsanar o de poderla refutar en su momento durante la auditoria y viene ahorita después en el momento en que se hace la contestación de la demanda a manifestarse que hace referencia al BDUA, es importante esto toda vez que la prestación del servicio pudo haberse dado durante, se pudo haber presentado, y hablo en manera abstracta, y después pudo haber fallecido la persona y el registro quedaría entonces en el BDUA para ese periodo, sin embargo la prestación se dio, manifiesto nuevamente, se hace referencia a un caso hipotético, no el presente, toda vez que como lo menciono no se sabía en el momento en que se hizo la auditoria inicial, y por la cual se demanda, que ese era el motivo por el cual había uno o varios ítems incluidos en el recobro que presentaban alguna causal de rechazo o devolución, y por lo tanto, como lo manifiesto se trata de una tecnología que no se encuentra incluida en el plan de beneficios y hago referencia a que en el peritazgo se dice que es un insumo, que a pesar de tener un cups, pos este cups esta, tiene una destinación específica que es para pacientes menores de 2 años y por lo tanto se trata de un insumo no pos por la edad del paciente al que se le prestó el servicio; entonces en esta medida, pues no estoy de acuerdo en que no se reconozca este recobro alegando una inconsistencia en cuanto a registro en el BDUA, pues como lo manifesté en su momento se manifestó simplemente sobre la glosa diferente a la inclusión o no en el plan de beneficios que se trata de un ítem o un recobro que presenta alguna causal de rechazo, sin mencionarla, sin aterrizarla, que afecta el derecho de réplica de mi mandante o incluso el derecho de subsanarla. Entonces por eso solicito se ordene el reconocimiento de este recobro.

El segundo punto el cual procedo a centrar el presente recurso hace referencia los gastos administrativos, lo cual hago la siguiente aclaración: se menciona la norma sobre la cual se habla en la demanda no como la norma aplicable en el presente caso, pues muy bien lo reconoce el despacho, no hace referencia en este caso específico, sino para que sea traída por su similitud, es importante manifestar que esos gastos administrativos se solicitan como un daño, un perjuicio que sufre la entidad, un daño emergente correspondiente a aquellos gastos, aquellos procedimientos demás que se ve obligada la EPS a adelantar para garantizar el suministro de estas tecnologías, significan procedimientos comerciales para adquirir la tecnología, significa contratación de personal, entonces todo esto genera un daño emergente que se pretende cubrir además con la UPC, es importante recordar que la UPC tiene dos componentes: uno, destinado a la prestación del servicio de salud, netamente, que corresponde al 90% de la UPC, y un 10% restante que corresponde a los gastos administrativos en que incurren las EPS para poder garantizar esta prestación del servicio, con esto es importante resaltar que si se obliga a la EPS a asumir una prestación que no se encontraba regulada en el pos y por lo tanto financiada con la UPC, además del valor intrínseco de la tecnología, también se genera un gasto que está reconocido en las UPC, no estoy diciendo que aquí se reconozca con valor a la UPC, sino hago la similitud de que la misma UPC reconoce tantos gastos para la prestación del servicio, como gastos para la administración, entonces es importante resaltar que no se trata de la norma que se mencionó en la demanda, sino que esta se usa como referente y lo que se solicita aquí es el reconocimiento de un daño que se causó por el no reconocimiento de un derecho que tenía mi prohilada y cuyo fundamento legal y

constitucional es el artículo 90 de la constitución, el cual dice que, en palabras no textuales, que hace referencia a que el estado es responsable por aquellos daños, en este caso el daño emergente de ese gasto administrativo en exceso, y deberá ser pagado por este mismo en caso de que se considere. Con todo, pues solicito pues se revoque la sentencia en cuanto a este punto particular y se reconozca ese 10% en que debió incurrir mi prohijada en ese gasto administrativo en exceso que le toco por una prestación del servicio que no le correspondía a ella o que no se encontraba financiada con la UPC, pero que aun así debió asumir, ya sea por un acta de CTC o por un fallo de tutela, entonces por esto limito mi apelación y la sustento con respecto al recobro que no fue reconocido, pues la razón que ya manifesté y así mismo por los gastos administrativos.

ADRES

También presento recurso de apelación parcial respecto únicamente los 8 recobros por los cuales fue condenada mi representada, en el sentido de indicar que contrario a lo manifestado por su señoría, mi representada considera que el dictamen pericial no contó con las calidades técnicas y suficientes para dar el mismo, teniendo en cuenta que como se mencionó y se pudo evidenciar durante el mismo interrogatorio, el perito únicamente tuvo en cuenta si los recobros hacían parte del pos o no, sin tener en cuenta o sin hacer un análisis de las normas externas del Ministerio de las cuales se le consultó y no dio razón sobre ninguna, las cuales pueden dar claridad si aquellos recobros estaban afectados o no, tales notas son 201433, 201753, 111, nota externa 201433, 201753111. De la misma forma, indico que el señor perito tampoco tuvo en cuenta las normas procesales que se debían tener en cuenta para el procedimiento de auditoria, que pues si bien se ciñe bajo las reglas procesales, se trataba de un dictamen pericial el cual tenía en cuenta la experticia del señor perito y para lo cual tuvo que haber analizado los recobros en el marco de la resolución 458 2013, resolución 5395 2013 y la resolución 3099 de 2008, tal como se le adujo en los alegatos de conclusión, se mencionaron también una serie de cobros que, de acuerdo con la misma normatividad, el acuerdo 29, la resolución 5521 de 2013, se le podía dar aplicación al principio de integración funcional, el cual no fue correctamente desvirtuado por el perito, de igual forma, respecto a los intereses moratorios, reitero lo mencionado en los alegatos de conclusión enunciando la improcedencia de estos, teniendo en cuenta que el decreto ley 1281 de 2002 en su artículo 4, taxativamente enuncio solo 4 términos en los cuales se puede dar este tipo de intereses, ninguno de los cuales aplica para el presente caso, teniendo como base la sentencia del honorable tribunal administrativo de Cundinamarca, de radicado 20091007, proferida el 20 de junio de 2013, en donde se enunció, reitero, lo siguiente: el decreto 1281 de 2002, no establece un término para el pago de la cuenta de recobro, una vez son presentadas al administrador fiduciario del foyga, ni tampoco que con ocasión a un pago extemporáneo de la cuenta de recobro, la EPS tenga derecho a que se le reconozca por el retardo en el pago de los intereses moratorios, en ese sentido solicita se revoque la sentencia, respecto a los intereses moratorios. Respecto a la prescripción, es oportuno reiterar nuevamente que la tesis de mi representada es acoger lo dispuesto en la providencia 2014421, proferida por el tribunal superior de Bogotá, el 14 de noviembre de 2017, en la cual se enuncia como norma especial el decreto 19 de 2012, concretamente lo que es el artículo 122, el cual hace una remisión al término de la reparación directa del entonces decreto 01 de 1984 que es de dos años, en ese sentido es una norma especial que aplicaría al caso concreto. De igual forma, y respecto a lo enunciado por el apoderado de la parte demandante, es oportuno indicar que la observación hecha al contestar el hecho 1 se realiza con base en un apoyo técnico que da cuenta de las glosas aplicadas en el momento de la auditoría, esto no es una nueva auditoría que se realizó, esto es extracción de la base de datos que se tuvo en ese momento y por medio de la cual se glosaron los recobros, entonces no es cierto lo que enuncia la parte demandante en cuanto a que el recobro 25339334 no fue comunicado de la glosa el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BDUA, por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio, haciendo una segunda precisión que esta glosa se da porque al momento del servicio la persona no aparecía reportada, no como se trata de indicar en el sentido de que con posterioridad se devino el error.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados en los recursos encontrando como puntos de reproche, **i)** la procedencia del pago de los 8 recobros objeto de condena, así como el recobro 25339334, objeto de absolución **ii)** procedencia de intereses moratorios y gastos de administración **iii)** el término prescriptivo.

Para resolver el primer problema jurídico, sea lo primero señalar que el **art. 48 de la Constitución Política** señala que tanto la salud como la seguridad social son servicios públicos que se prestarán bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por su parte, la **Ley 100 de 1993** reglamentó el Sistema de Seguridad Social en Colombia y de acuerdo con lo establecido en el **art. 182** de la misma normatividad, para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS para cada afiliado, el Sistema reconoce a cada EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capacitación UPC, que en últimas viene siendo el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del POS por parte de la EPS, en otras palabras, su objetivo es financiar en su totalidad la ejecución del POS.

El **literal f) del artículo 156 de la precitada Ley 100**, prevé la forma en que son financiadas las EPS para garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados según los parámetros del POS, financiación que garantiza el ente estatal a través, como se dijo, de la denominada unidad de pago por capacitación - UPC, y de no encontrarse los medicamentos o tecnologías requeridos por los usuarios del sistema de salud incluidos en el POS, su valor debía ser reconocido por el Fondo De Solidaridad y Garantía -FOSYGA.

En este asunto se pretende obtener el reconocimiento y pago de unos recobros por servicios prestados por la EPS demandante en los años 2013-2014, motivo por el cual pertinente resulta tener en cuenta lo establecido en el **artículo 21 de la ley 1127 de 2007** que dispone:

*“Art. 21: Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, **las facturas con los soportes que, de***

acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social. La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social. (...)"

Por su parte, el Ministerio de Salud con la **Resolución No 003047 de 2008** fijó en su artículo 12 que en el Anexo Técnico No 5 de dicho Acto Administrativo se precisarían los soportes que debían anexarse a las facturas, para cada caso en concreto: Consultas ambulatorias, Servicios Odontológicos Ambulatorios, Exámenes de laboratorio, imágenes y otras ayudas diagnósticas ambulatorias, procedimientos terapéuticos ambulatorios, medicamentos de uso ambulatorio, atención inicial de urgencias, atención de urgencias, servicios de internación o cirugía, ambulancia, honorarios profesionales.

En igual sentido, la **Resolución 4331 del 21 de diciembre de 2012** del Ministerio de Salud y Protección Social adicionó y modificó parcialmente la anterior resolución y la número 416 de 2009, en el sentido que todas las facturas deberán tener su soporte para el pago efectivo.

De suerte que una vez presentada la factura con los soportes a que se refieren los artículos 23 y s.s., de la **resolución 5395 del 2013** vigente para la época en que se suministraron y recobraron los servicios de salud o insumos de la misma naturaleza prestados por parte de la Eps demandante, darán lugar, bien a que se efectúe el pago de la obligación, o a que la entidad deudora presente dentro de los términos y oportunidades previstos en la ley las objeciones correspondientes a través de las respectivas Glosas.

Fue entonces como con **la Ley 1753 de 2015 art. 66** se creó la entidad que pasó a administrar toda actividad desempeñada por el Fosyga, es decir, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, entidad cuya principal función consiste en garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del SG-SSS conforme lo dispuesto en el Decreto 2265 de 2017 el cual modificó al Decreto 780 de 2016, asumiendo entonces actualmente el pago de los recobros en virtud de la Resolución 1085 del 10 de mayo, 2438 del 12 de junio y la 2497 de 29 de diciembre todas del 2018 expedidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Descendiendo al caso objeto de estudio, observa la Sala que la EPS accionante pretende el cobro de 33 facturas por servicios prestados a sus afiliados a raíz de fallos de tutela, o por decisiones del Comité Técnico Científico, los cuales son:

	Radicado_ Fosyga	Servicio	Fecha prestación del servicio	Fecha de Radicación Fosyga	Valor
1	100890218	UROLUX REF 700216	25/06/2013	19/02/2014	\$1.249.200
2	100890346	UROLUX REF 700216	21/08/2013	22/09/2014	\$1.249.200
3	101268240	SAF GEL 0.50% GEL TUB X 85GR	16/11/2013	11/03/2014	\$120.946
4	102734045	UROLUX REF 700216	10/12/2013	16/05/2014	\$1.249.200
5	102734456	UROLUX REF 700216	16/01/2014	20/11/2014	\$1.249.200
6	102829390	SAF GEL 0.50% GEL TUB X 85GR	03/01/2014	19/11/2014	\$70.631
7	103267674	TUBO DE DRENAJE CON CONECTOR PARA OSTOMIA URINARIA	25/01/2014	12/06/2014	\$80.000
8	103267675	TUBO DE DRENAJE CON CONECTOR PARA OSTOMIA URINARIA	03/01/2014	12/06/2014	\$80.000
9	103269063	UROLUX REF 700216	11/02/2014	16/06/2014	\$1.280.004
10	103324368	PRONTOSAN SOLUCION FCO X 350ML	15/04/2014	20/11/2014	\$322.404
11	103764660	PRONTOSAN SOLUCION FCO X 350ML	04/06/2014	18/12/2014	\$243.603
12	104414311	MALLA POLIESTER + COLAGE 25 X 20CM R-PC02520 PARIETEX COMPOSITE PARA PROCEDIMIENTOS DEL DIAFRAGMA POR VIDEOTORACOSCOPIA y DISPOSITIVO FIJA 15 GRAPAS X 5MM REF - ABSTACK 15 PARA MALLAS PARA PROCEDIMIENTO DEL DIAFRAGMA POR VIDOTARACOSCOPIA	10/04/2014	14/08/2014	\$4.006.140
13	104563493	RESINA COLOR 15 SUPERFICIES	02/05/2014	15/08/2014	\$1.200.000
14	104563907	UROSHIT	15/02/2014	15/08/2014	\$25.400
15	104587043	PRONTOSAN SOLUCION FCO X 350ML	17/07/2014	19/12/2014	\$322.404
16	105112445	UROLUX REF 700216	11/03/2014	15/09/2014	\$1.249.200
17	105113176	UROLUX REF 700216	19/05/2014	15/09/2014	\$1.249.200
18	105113329	UROLUX REF 700216	12/05/2014	20/01/2015	\$1.249.200
19	105121236	PRONTOSAN SOLUCION FCO X 350ML	12/05/2014	15/09/2014	\$324.804
20	105747599	TV45X45 13F SIST LIBER CARDIOPLUG 13F PARA CIERRE PERCUTATANEO DE AURICULILLA IZQUIERDA (35510A)	06/05/2014	16/10/2014	\$1.983.319
21	106074341	PROT CIRUGIA PLASTICA REF 27-MM115-245 UND	10/12/2013	18/11/2014	\$3.299.968

22	106074696	UROLUX REF 700216	11/07/2014	18/11/2014	\$1.249.200
23	106075428	UROLUX REF 700216	05/05/2014	20/03/2015	\$1.249.200
24	106464279	PRONTOSAN SOLUCION FCO X 350ML	21/10/2014	18/11/2014	\$243.900
25	25339334	PILAS REF 675APOWER ONE LIGH LEVEL HEARINGH ALTA POTENICA PARA PROCESADOR DE ESCUCHA FREEDOM	30/06/2012	18/04/2013	\$375.272
26	26153031	UROLUX REF 700216	29/05/2013	14/11/2013	\$204.100
27	26167420	OTP REF OTP0001	22/07/2013	21/04/2014	\$503.694
28	26169467	PILAS ALKALINAS DE 9 VOLTIOS PARA MARCAPASO DIAFRAGMATICO	21/08/2013	15/11/2013	\$36.210
29	26235032	PRONTOSAN SOLUCION FCO X 350ML	21/11/2013	18/06/2014	\$324.804
30	56797242	RODILLO ORTOPLAST HIPERFLEX UND PARA MANOS Y DEDOS - SEPARADOR EVITAR MIEMBRO TIJE PARA MANOS Y DEDOS	24/05/2013	8/11/2013	\$230.997
31	56857089	TUBO DE DRENAJE CON CONECTOR	16/08/2013	12/11/2013	\$77.335
32	57311399	ONDAX 4MG INYECTABLE, VOISCOTEARS GEL OFTÁLMICO, PROLACTONINA CUANTITATIVA, GLUCERNA SR LIQUIDO, GLYTROL, GASTRIDE TABLETAS	10/07/2013	12/12/2013	\$5.957.339
33	57484745	SISTEMA MONITOREO CONTINUO GLUCOSA	24/09/2013	13/12/2013	\$4.595.401

Indica en primer lugar el apoderado de la parte demandante, que se debe acceder a ordenar el pago del recobro identificado con el No. 25339334, por valor de \$375.272 y al que el juzgado de primer grado no accedió señalando que no se desvirtuaba la causal de glosa que propuso la entidad demandada contra este, como lo fue en primer lugar, que el nombre del beneficiario del servicio, a quien se le suministraron "PILAS 675A POWER ON LIGH LEVEL PARA PROCESADOR ESCUCHA FREEDOM", no aparecía registrado de forma correcta en la base de datos BDU. Sobre este aspecto, se observa que el paciente responde al nombre de ÓSCAR AUGUSTO MUÑOZ ALONSO, se encuentra registrado en la base de datos a que se alude, pues así se extrajo de la consulta realizada en la misma vía página web de la sucesora procesal ADRES y si bien a folios 270 a 274 del plenario se allegaron los soportes del recobro de dicho servicios, de los que se determina que como apellido del señor se consignó MUIOZ, lo cierto es que tal circunstancia no es causal de rechazo de dicho recobro, si se tiene en cuenta que los demás documentos allegados, dan cuenta que el número de identificación del

paciente, se encuentra consignado de forma correcta y sólo se evidencia tal error de digitación en su primer apellido en el formato de recobro presentado por Sanitas S.A., ante el entonces Fosyga.

No obstante lo anterior, revisada la documental a que se alude allegada como soporte del recobro en mención, se observa que el insumo que se le suministró al señor Óscar, obedeció al cumplimiento de un fallo judicial, por no estar el mismo incluido dentro de las tecnologías proporcionadas por el POS y no se allegó junto con los anexos de dicho recobro, copia de dicho fallo judicial que permita comparar si lo ordenado en este, corresponde a lo recobrado por la demandante; siendo ineludible como lo señala la demandada en sus alegaciones presentar tal soporte como se indicó al inicio de las consideraciones de esta providencia, en cumplimiento de lo previsto en las resoluciones 4331 de 2012 y 5395 de 2013; de tal manera, no hay lugar a variar la decisión en cuanto a la absolución del recobro bajo estudio.

De otra parte, indica la entidad demandada, que no hay lugar a efectuar el pago de los 8 recobros objeto de condena por cuanto el profesional que elaboró el dictamen pericial que determinó que las tecnologías suministradas a través de los mismos, correspondían a tecnologías NO POS; sobre este punto baste señalar que el artículo 228 del CGP, aplicable a esta jurisdicción por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, prevé los mecanismos procesales con que cuenta la parte contra la que se propone el dictamen pericial para controvertirlo, ya sea presentando otro o solicitando la comparecencia del perito a audiencia, de esta última hizo uso la demandada; resultando a todas luces extemporáneo en este momento procesal cuestionar tal dictamen, aunado a lo anterior, el Juez de primer grado consideró tal dictamen ajustado a los parámetros exigidos al profesional encargado para el efecto, respecto de quien igualmente indicó que poseía los conocimientos y formación en la materia puesta a consideración; afirmaciones que se enmarcan dentro del principio de la libre apreciación de la prueba de que están investidos los Jueces de la República, razón por la cual como bien lo concluyó el Juez de primer grado, al no existir una objeción concreta al dictamen pericial rendido en primera instancia, las afirmaciones sobre este punto esbozadas por la parte demandante, quedan sin fundamento alguno.

Es así como en cuanto al punto de reproche indicado por Adres en cuanto a la improcedencia de la condena de los recobros identificados con los números 26169467, 26167420, 56797242 (2), 57484745, 104563907, 106074341, 105747599; se observa que analizados cada uno de estos y contrario a lo afirmado por el apoderado recurrente en efecto corresponden a suministro de medicamentos o tecnologías NO POS; no obstante lo anterior, los identificados con los números 26169467 por valor de \$36.210 y 26167420 por valor de \$503.694; respecto de los cuales se verifica a folios 293 y 286 respectivamente los soportes de cada uno de ellos y conforme a los que se evidencia que los medicamentos o insumos objeto de recobro, lo fueron con ocasión de fallos de tutela, pues así lo indica la EPS recobrante en el formato previsto para el efecto; no obstante ello, en la documental allegada como soporte para cada uno de ellos, no se allegó el fallo de tutela mencionado y por virtud del cual, la EPS actora prestó tales servicios, documental que tampoco fue allegada en ninguno de los medios magnéticos aportados por esta junto con escrito de demanda y visibles a folios 78 y s.s., del cuaderno 1, como quiera que revisados tales CD, sólo reposa la imagen del formato de cada uno de los recobros aquí reclamados con constancia de radicación ante el Fosyga, razón por la cual, se absolverá a la demandada del pago de tales recobros.

Por lo señalado en precedencia, habrá de **modificarse** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, en el sentido de condenar a la demandada al pago de la suma de \$10.135.085, por concepto de los recobros No. 56797242 (2), 57484745, 104563907, 106074341, 105747599.

En lo que referente a los **intereses moratorios**, objeto de apelación por la sucesora procesal ADRES, se tiene que contrario a lo afirmado por esta también en sus alegaciones, el **art. 24 del Decreto 4747 de 2007** en concordancia con lo establecido en el **art. 7° del Decreto Ley 1281 de 2002** prescribe que en el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el Artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 2002 que señala:

“Artículo 7°. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud... Artículo 7°. Además de los requisitos legales, quienes estén

obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

(...)

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, **las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.**

Conforme anterior, para la Sala **procede la condena por este concepto** como consecuencia del no pago de las facturas dentro de las oportunidades debidas, debiéndose pagar tal rubro **desde la fecha de radicación de cada una de las facturas que hubieren sido presentadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de prestación del servicio** y que son las que se relacionan a continuación:

	Radicado_ Fosyga	Servicio	Fecha prestación del servicio	Fecha de Radicación Fosyga	Valor
1	105747599	TV45X45 13F SIST LIBER CARDIOPLUG 13F PARA CIERRE PERCUTATANO DE AURICULILLA IZQUIERDA (35510A)	06/05/2014	16/10/2014	\$1.983.319
2	106074341	PROT CIRUGIA PLASTICA REF 27- MM115-245 UND	10/12/2013	18/11/2014	\$3.299.968
3	56797242 (2)	RODILLO ORTOPLAST HIPERFLEX UND PARA MANOS Y DEDOS - SEPARADOR EVITAR MIEMBRO TIJE PARA MANOS Y DEDOS	24/05/2013	8/11/2013	\$230.997
4	57484745	SISTEMA MONITOREO CONTINUO GLUCOSA	24/09/2013	13/12/2013	\$4.595.401
5	104563907	UROSHIT	15/02/2014	15/08/2014	\$25.400

Para **su liquidación el art. 56 de la Ley 1438 de 2011** establece que “Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo

con lo establecido en la Ley 1122 de 2007” y que el no pago dentro de los plazos, causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), se tendrá en cuenta el interés señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia al momento de su liquidación, pues además así lo permite el art. 141 de la ley 1607 de 2012, que modificó el Estatuto Tributario, en el que expresamente se indica “para efectos de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el interés moratorio se liquidará diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo.”; que es el interés a que se refiere el art. 56 de la ley 1438 de 2011.

Así las cosas y como quiera que el único recobro que fue presentado por fuera de los 6 meses de que trata la norma antes transcrita, fue el que se identifica con el número 106074341 por valor de \$3.299.968, se **modificará** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, para en su lugar señalar que los intereses moratorios allí señalados, deben ser cancelados sobre la suma de \$6.295.213; de igual manera, se **adicionará** la sentencia en el sentido de ordenar a sucesora procesal Adres a efectuar el pago de la suma de \$3.299.968 antes señalada de manera indexada, con el fin de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

En lo que respecta a **los gastos de administración** como punto de reproche del demandante, se tiene en el modelo original de la Ley 100 no se contemplan reglas específicas en relación con ellos en que pudiese incurrir la EPS bajo el entendimiento, que no obstante la expedición de la Ley 1438 de 2012 autorizó al gobierno para fijar un porcentaje de administración de las EPS con base en criterios de eficiencia y que ese porcentaje no podía superar el 10% del UPC, indicó la sentencia C-262 de 2013 que esos gastos de administración fijados por el Gobierno Nacional se establecían sobre la UPC, es decir que ese gasto estaba relacionado con la administración del Plan de Atención Básica o el POS que se paga con la UPC, razón por la cual, el reconocimiento de estos, no procede en esta oportunidad como lo indicó la decisión de primer grado.

Finalmente, en relación a la excepción de **prescripción** punto sobre el cual, el apoderado de la ADRES solicita se tenga un término prescriptivo de dos

años, pertinente resulta aclarar que en decisiones anteriores se recogió tal criterio para en su lugar dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, esto es, 3 años contados a partir de la fecha de presentación del recobro elevada por la EPS demandante, ello en virtud a que por haber sido asignado el conocimiento de los asuntos de esta naturaleza a la jurisdicción laboral, deben estar sometidos al término prescriptivo que rige esta materia, como bien lo señala la EPS demandante en su alegaciones.

Aunado a lo anterior, en pronunciamiento por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2011, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción lo siguiente:

“...De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

*Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, **que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas**”.*

Para lo recobros aquí reclamados el término prescriptivo de tres años comienza a correr partir de la fecha de prestación de cada servicio y que para la totalidad de recobros en este proceso corresponden al lapso comprendido entre los **años 2013 y 2014**, y como quiera que todos fueron **reclamados ante el Fosyga en las mismas anualidades**, interrumpiendo con ello la prescripción y **la demanda se presentó el 21 de abril de 2016** (fl.868 cuaderno 2), **no transcurrió el término de tres años** entre el momento de la interrupción de la prescripción y la presentación de la acción judicial, por lo tanto **no operó este fenómeno** en este caso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la sucesora procesal **ADRES** a efectuar el pago a favor de la EPS demandante, de la suma de \$10.135.085, por concepto de 6 recobros identificados con los números 56797242 (2), 57484745, 104563907, 106074341 y 105747599, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, para en su lugar indicar que los intereses moratorios allí previstos deben reconocidos sobre la suma de \$6.295.213.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **CONDENAR** a la demandada ADRES a pagar la suma de \$3.299.968, por concepto del recobro No. 106074341, de manera indexada a la fecha de su pago.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia

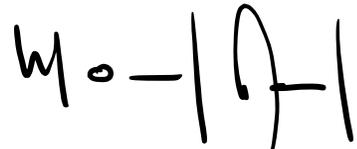
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Salvo voto

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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2015-405-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A.
DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por el banco demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 31 de julio de 2019 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El Banco Corpbanca Colombia S.A., por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que liquidó y pagó los aportes al sistema integral de seguridad social y parafiscales pro el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2012, de manera completa, oportuna y en estricto acatamiento de las disposiciones legales vigentes; como consecuencia de tal declaración, peticiona se condene a la entidad demandada UGPP disponer la devolución de los montos pagados

y que se llegasen a pagar en el transcurso del proceso por el periodo en comento, derivado de los aportes que efectuara a cada una de las entidades que integran el sistema de seguridad social junto con intereses moratorios en cumplimiento de las resoluciones RDC 441 del 15 de octubre de 2014 y RDO 1508 del 14 de marzo de 2014; solicita se condene a la demandada a reconocer y pagar intereses moratorios con ocasión del pago de los aportes, junto con los intereses cancelados al sistema integral de seguridad social por el año 2012, en cumplimiento de las resoluciones en mención, como pretensión subsidiaria a esta última, peticona se ordene la indexación de las sumas adeudadas al momento en que se efectúe la devolución pretendida. Solicita igualmente, se ordene a la demandada a proferir los actos administrativos necesarios para hacer efectiva la devolución de aportes e intereses moratorios pagados; finalmente reclama que en caso de que no haya lugar a la anulación plena de los actos administrativos en mención, se recalcule la liquidación contenida en los mismos conforme lo probado en el proceso y se ordene la devolución de las sumas a que haya lugar. (fls. 480).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante radicado No. 2013200535721 del 5 de marzo de 2013, que le fuera notificado el 13 de marzo de 2013, la demandada le solicitó la información necesaria a efectos de determinar la correcta liquidación y pago de aportes al sistema de Protección Social, por el año 2012, señala que dio respuesta a tal requerimiento mediante sendos escritos y correos electrónicos, que mediante auto comisorio No. 412 del 2013, la UGPP, ordenó visita en el domicilio del Banco, la que fue realizada el 23 de abril del mismo año. Afirma que como consecuencia de tal visita, la UGPP, profirió requerimiento No. 786 en contra del Banco para declarar y/o corregir supuestas moras e inexactitudes en las autoliquidaciones y pagos al sistema de Protección Social en la suma de \$2.896.875.600, requerimiento al que respondió oportunamente mediante oficio del 10 de enero de 2014.

Afirma que mediante resolución RDO 508 del 14 de marzo de 2014, la UGPP, profirió liquidación oficial en su contra por mora e inexactitud en las autoliquidaciones y pagos de los aportes al sistema de Protección Social del año 2012, en la suma antes señalada, acto administrativo contra el cual, interpuso recurso de reconsideración, el que fue desatado a través de

resolución RDC 441 del 15 de octubre de 2014, mediante la cual, se ordenó modificar el numeral PRIMERO de resolución primigenia, modificando la suma a pagar por parte del banco en \$1.224.162.257. Señala por último que el total del pago de lo liquidado por la UGPP, ascendió a la suma de \$2.144.415.349 y en ejercicio del derecho de petición, solicitó ante esta el 11 de febrero de 2015, copia auténtica de las resoluciones antes citadas, a lo cual, la demandada, no ha respondido. (fls. 515 a 518)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 2 a 10, referentes a los requerimientos y actos administrativos proferidos contra el Banco demandado, las respuestas a estos dadas por este último, los recursos interpuestos y las sumas que se ordenó pagar al Banco, manifestó no constarle el No. 1 y negó el No. 12 y no propuso excepciones de mérito. (fl. 538).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la UGPP, de las pretensiones incoadas en su contra por el Banco demandante y lo condenó en costas. (fl. 620)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Para resolver entonces el punto en primer lugar el despacho traerá a colación los artículos 156 de la ley 1151 de 2007 y 178 de la ley 1607 de 2012, de acuerdo con la cual tenemos que la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social, en adelante UGPP, efectivamente tiene competencia para adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social en casos de omisión, inexactitud y mora; en razón de la primera disposición y con el objeto de reglamentar adicionalmente las funciones de la entidad se expidió el decreto 169 de 2008, el cual entre otros en su numeral 11 literal b del artículo 1 señaló que le competía efectuar subsidiariamente las labores de determinación y cobro disuasivo, persuasivo y coactivo con base en los hallazgos que le remitan las administradoras, órganos de control y vigilancia y demás entidades del sistema de protección social. Sin embargo y como lo pone de presente la encartada, independientemente de que efectivamente tenga la facultad de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales al evidenciarse mora e inexactitud o emisión, pues es claro que ella no la hace titular de los recursos que logra efectivamente recaudar, pues como bien se puede establecer tanto de la reglamentación propia de la UGPP como de lo establecido en el artículo 2.12.1.1 del decreto 1068 de 2015, recordemos el decreto único reglamentario del sector hacienda y crédito público, las contribuciones desde la protección social son: “los aportes con destino al sistema de seguridad social integral conformado por el sistema general de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, y a los establecidos con destino al servicio nacional de aprendizaje SENA, al ICBF y al régimen de subsidio familiar.” Y en esa medida, esos aportes, cotizaciones, contribuciones e intereses deben remitirse a las entidades de la

protección social, recordemos, entidades promotoras de salud, administradoras de riesgos laborales, administradoras de fondos de pensiones, servicio nacional de aprendizaje, el instituto colombiano de bienestar familiar y las cajas de compensación familiar, o subsidiariamente a los fondos de creación legal diseñados para solventar y sustentar el sistema general de seguridad social como lo indica el referido decreto 1068 de 2015 en el artículo 2.12.1.8 que nos habla de que esos recursos recuperados a través de las acciones adelantadas por la UGPP en los procesos de determinación y cobro a omisos del sistema sobre periodos de omisión, por ejemplo, tiene como destinación el fondo, en cuanto a salud, el fondo de solidaridad y garantía Fosyga o la entidad que haga sus veces, en cuanto a pensiones, la administradora a la cual quede afiliado el omiso, en cuanto a riesgos laborales al fondo de riesgos laborales administrado por el Ministerio del Trabajo, en cuanto al subsidio familiar a la caja a la cual se afilie el omiso; en cuanto al SENA o al ICBF a cada una de las entidades mencionadas en las proporciones establecidas, con lo cual se reitera entonces por este despacho los recursos pues nunca ingresan como tal al patrimonio de la encartada ni por disposición legal como tampoco reglamentaria, ya que incluso esta entidad no puede disponer de dichos recursos ni para su destinación ni para su uso, pues no se encuentran incluidos de los que integran el patrimonio de la entidad, como se establece en el artículo 3 del decreto 575 de 2013 y que por ende, reitero, deben ser girados directamente a las entidades del sistema con las que se evidencia la omisión, inexactitud o mora.

Por lo anterior, es claro que aun en el evento en que efectivamente el despacho encontrara que se dieron inconsistencias en los valores que se determinaron por parte de la UGPP y que finalmente canceló el banco Corpbanca Colombia s.a. en su sentir equivocado, pues no es dable exigir que se disponga la devolución de los recursos, pues reitero, al no haber ingresado en su patrimonio ni poder la demandada disponer de los mismos, pues pertenecen, reitero, a las entidades del sistema de la protección social, se configuraría entonces una eventual falta de legitimación en la causa por pasiva o por lo menos no se podría disponer que con los recursos de su propio patrimonio se entren a devolver esas sumas en la forma pedida, ya que estas eventualmente también deberían entonces ser exigidas a cada una de las entidades a las cuales finalmente se giraron o destinaron esos recursos. Nótese también que en las pretensiones de la demanda, en la forma que fue admitida por el despacho, no se reclamaron perjuicios derivados, por ejemplo, de las actuaciones de la UGPP y mucho menos se demostró que efectivamente se hayan causado esos perjuicios en contra de la parte demandante que eventualmente podría ser entonces una de las circunstancias que entraría a evaluar el despacho, y es que si bien en los hechos se planteó por el extremo accionante que la actuación desplegada por la UGPP le generó perjuicios, pues vemos que esta corresponde a una narración de forma genérica y adicionalmente el Banco Corpbanca no demostró, como ya lo mencioné, que en efecto se haya causado algún tipo de perjuicio o detrimento económico o patrimonial, ya que simplemente se hicieron unas apreciaciones de carácter jurídico, pero sin que en el plenario se indicaran de manera clara y precisa respecto de cada uno de los trabajadores y periodos objeto de discusión, ni cuáles fueron las consecuencias que supuestamente se derivaron de la actuación de la UGPP, ya que como vimos, únicamente se expuso una cifra general, sin que tampoco se indicaran de manera concreta al despacho cuales eran las diferencias, mayores valores o inexactitudes que en sentir de la parte actora se generaban en los actos administrativos de la UGPP, por lo que el despacho no puede entonces entrar a suplir esa actividad de la parte y verificar uno por uno los casos en concreto que llevaron a la motivación de esas decisiones y finalmente al cobro de los recursos que hoy se pretenden se reintegren al extremo accionante.

Recordemos que el artículo 167 del código general del proceso, que aplicamos a los trámites de naturaleza laboral por disposición del artículo 145 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, señala que las partes están obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que invocan en su favor y también se ha dicho entonces que quien afirma una cosa es el obligado a probarla, y en este punto si bien se allegaron unos cuadros en hojas de cálculo de Excel con la información que se estima necesaria para ilustrar las incongruencias, como por ejemplo se advierte a folio 413, lo cierto es que la parte actora no allegó un solo soporte documental que permita o alguna otra prueba que permita verificar la situación jurídica de cada uno de los trabajadores, que estima que la UGPP consideró respecto de los cuales se habían efectuado cotizaciones erróneas y, o no fundamentó por qué existían inexactitudes, o más bien, o porque no se presentaban inexactitudes o mora. De hecho, aun cuando la demanda se enuncian las conductas supuestamente equivocadas de la UGPP vemos que a folios 521 y siguientes se toman como ejemplo o de forma aleatoria únicamente 5 trabajadores por unos periodos en concreto, cuando en la hoja de cálculo se habla de

6429 observaciones presentadas por inexactitudes o mora, sin que reitero, en el proceso se demuestre en qué se sustentan esas supuestas diferencias o cuales son los mayores valores que se deben reintegrar con relación a cada uno de ellos y cada uno de los periodos. A modo de ejemplo, si la parte actora buscaba un ajuste respecto del pago de los aportes por cuanto en el caso de varios de sus trabajadores dentro de los valores pagados para ese periodo enero a diciembre de 2012 existían rubros que no tenían carácter o naturaleza salarial o estaban sustentados en un pacto de exclusión y se habían observado esos límites legales, pues la parte actora debió haber no solamente señalado de manera clara esa circunstancia o bien dentro de los hechos de la demanda o en algún cuadro anexo y que hiciera parte de la misma, pero además, aportar al expediente los documentos o alguna otra prueba que ilustraran o verificaran efectivamente esa circunstancia, tal y como los contratos de trabajo, otrosíes firmados, documentos o acuerdos de pactos de exclusión y adicionalmente entrar a demostrar que esos valores cancelados efectivamente no constituían salario de acuerdo con el artículo 127 del código sustantivo del trabajo, sin que reitero, alguna prueba se haya aportado en dicho sentido, por el extremo accionante.

Para el efecto, no bastaba entonces con allegar las planillas integradas de autoliquidación de aportes de folio 183 a 256, pues estas únicamente demuestran cuales fueron los valores pagados y los ingresos base de cotización reportados, pero reitero, sin que al despacho tenga forma de establecer si en efecto esos valores resultaban o no acertados y si en efecto los aportes reitero habían sido efectuados de manera correcta y legal. Recordemos incluso que la parte actora había solicitado y el despacho decretó en su favor un dictamen pericial con el cual se pretendían fundamentar o verificar esas divergencias en torno a los valores determinados previamente por la UGPP, pero que posteriormente se desistió de ese dictamen pericial, desistimiento que aceptó el despacho y que conllevó a que no se tengan entonces ninguna prueba que soporte los pedimentos del extremo accionante, lo que conduce sin más consideraciones a la improsperidad no solamente de las pretensiones principales si no de aquellas planteadas de forma subsidiaria. Por todo lo anteriormente expuesto, el despacho absolverá entonces a la encartada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El Banco demandante, señaló:

El anterior recurso lo sustentó de la siguiente manera: manifiesta el despacho dentro de la sentencia que mi representada no allegó prueba alguna que pudiera determinar los sustentos que se alegaron dentro de los hechos normativos en la presente demanda, es necesario aclarar que en el caso precedente se buscaba era que se demostrara los errores en los cuales incurrió la UGPP, la entidad demandada, dentro de la expedición de las resoluciones por medio de las cuales se determinaron unas supuestas conductas de mora e inexactitud, en los aportes a cargo de mi representada. El caso presente es necesario manifestar que el despacho no hizo análisis alguno respecto a la conducta de mora y en la cual se debía demostrar con las planillas integradas de liquidación de aportes, las cuales el mismo despacho manifestó que si habían sido allegadas por parte del despacho, en tal sentido es claro manifestar que la conducta de mora impuesta por la UGPP dentro de las resoluciones que se atacaron y por las cuales se determinaron los aportes que en este momento se recobran, se debe a que, como manifiesta la UGPP, no se realizaron los aportes que se debían realizar, como se puede evidenciar simplemente una verificación propia de las planillas integradas de liquidación de aportes, aportadas con la demanda, así como las que aporta la UGPP dentro del expediente administrativo con la contestación de la demanda, mi representada si había realizado los aportes correspondientes y por ende realizar un cobro adicional de los mismos no era procedente, ni por tanto se podía realizar de forma alguna un cobro de lo no debido como ocurrió en el caso presente, así mismo el despacho no tuvo en cuenta que en el caso presente no había una discusión respecto a la calidad de inexactitud de los aportes determinados, puesto que únicamente se estaba discutiendo era el concepto jurídico y legal que la UGPP realizaba dentro de las liquidaciones de la resolución RDO 508 del 14 de marzo de 2014 y RCD 441 del 15 de octubre de 2014. Lo anterior, por cuanto que para la UGPP la forma de liquidación de los aportes a seguridad social de los trabajadores con salario integral se debía realizar con un mínimo de 10 salarios mínimos y dicha postura ya fue inclusive corregida por la UGPP en virtud de lo expuesto en el

artículo 49 de la ley 789 de 2002, que modificó el artículo 18 de la ley 50 de 1990 y que a su vez modificó el artículo 132 del código sustantivo del trabajo, en sentido que los efectos de aportes a seguridad social de los trabajadores de salario integral corresponden es al 70% del valor del salario, no a 10 salarios mínimos, como hace mínima, como fue el error inicial de la UGPP, en la misma demanda se estableció un ejemplo claro en el cual se determinaba que el IBC de cotización para efectos de trabajadores de salario integral que devengarán un mínimo integral correspondiente a 13 salarios mínimos, en ese año correspondía a una base de \$5.156.970 y no como erróneamente lo expuso la UGPP \$5.667.000, valor que correspondía a 10 salarios mínimos. En tal sentido no puede el despacho obligar a mi representada a demostrar lo imposible puesto que únicamente se estaba solicitando era la aplicación legal de una normatividad que no requiere una prueba solemne, siendo claro como el despacho debía haber revisado los casos expuestos dentro de las resoluciones y por los cuales se realizaron los cobros y así mismo dentro del expediente administrativo que allegó la UGPP, se encuentran la totalidad de las pruebas que pudieran demostrar que mi representada, para esos trabajadores, contaba con pacto de salario integral y que los devengos si bien podían ser superiores a los 13 salarios mínimos, el IBC debía darse una aplicación estrictamente legal correspondiente al 70% del salario integral, no a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo anterior, es claro entonces como el despacho no tuvo en cuenta las pruebas aportadas respecto a la conducta de mora en el sentido de que no analizó si quiera las planillas integradas de liquidación de aportes aportadas y también que fueron allegadas por la UGPP dentro del expediente administrativo, con los cuales se demostraba que mi representada si realizó los aportes correspondientes y que por tanto cualquier cobro adicional por esos aportes se entiende como no debido. Finalmente, es claro como si bien no es competencia del despacho determinar la nulidad de un acto administrativo, se tiene que todo acto administrativo debe obrar por parte del principio de legalidad y por ende la UGPP al emitir la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, realizó una falsa motivación y una violación al principio de legalidad, puesto que estableció unas conductas dentro del archivo Excel que anexa, en el que se determinaron casos distintos a los expuestos en la liquidación oficial, afectando a mi representada de forma así al derecho de defensa y contradicción. En todo caso es necesario manifestar que si bien como lo expuso el despacho, la UGPP no es quien recibió dichos aportes, la misma ley 1819 de 2016 estableció el mecanismo para el cual en los casos en los cuales se declarara que la UGPP debiera realizar unas devoluciones, debía solicitarle el procedimiento directamente a las administradoras que correspondiera, es por tanto que la obligación de hacer que se pudiera condenar en el presente proceso a la UGPP de realizar las devoluciones se encuentra legalmente regulada y por ende sería procedente dicha pretensión con el entendido de que se debe realizar el procedimiento establecido en la ley 1819 de 2016, finalmente y con ánimos de terminar, respetuosamente le solicito al honorable tribunal se sirva revisar la condena en costas impuesta, toda vez que se considera desproporcionada una condena por \$8.000.000 cuando en el caso presente no se da cumplimiento con la norma para la liquidación de las agencias en derecho, como se establece por parte del acuerdo establecido por el consejo superior de la judicatura.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo que por virtud de la resolución RDO 508 del 2014, la UGPP, profirió liquidación oficial en contra del Banco demandante por mora e inexactitud en las autoliquidaciones y pago de los aportes al sistema de protección social por los periodos comprendidos entre el 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre del mismo año en la suma de \$2.896.875.600, como se observa del contenido del acto administrativo en mención visible a folio 45 del plenario.

De igual manera, a folio 74 obra resolución RDC 441 del 15 de octubre de 2014, mediante la cual la aquí demandada, resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por el Banco demandante, modificando la resolución objeto de recurso y señalando como suma a pagar por parte de este \$1.224.162.257.

Así las cosas y a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que como bien lo indicó la Juez de primer grado, como lo indica en sus alegaciones, la entidad demandada es la competente para adelantar el seguimiento, determinación y oportuna liquidación de las contribuciones parafiscales, por virtud de lo señalado en el numeral II del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, que prevé entre otras funciones conferidas a la UGPP:

Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Para este efecto, la UGPP recibirá los hallazgos que le deberán enviar las entidades que administran sistemas de información de contribuciones parafiscales de la Protección Social y podrá solicitar de los empleadores, afiliados, beneficiarios y demás actores administradores de estos recursos parafiscales, la información que estime conveniente para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de las obligaciones definidas por la ley, respecto de tales recursos. Esta misma función tendrán las administraciones públicas. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos.

En ejercicio de tal facultad antes reseñada, la demandada profirió los actos administrativos cuyo contenido reprocha la parte demandante, para lo cual procede indicar en primer lugar que contrario a lo manifestado por la decisión de instancia, si bien los recursos por concepto de aportes que recauda la UGPP, no entran a su patrimonio, lo cierto es que como lo indica el recurrente, en el caso de que se declare la nulidad de los actos administrativos proferidos por la demandada y se le ordene la devolución de sumas de dinero, es a esta a quien le compete tramitar ante las entidades que conforman el sistema de seguridad social y parafiscales requerirlas para que efectúen las sumas cuyo reintegro se disponga, así lo indica el artículo 311 de la Ley 1819 de 2016:

ARTÍCULO 311. DEVOLUCIÓN DE APORTES Y SANCIONES. *En los eventos en los que se declare total o parcialmente la nulidad de los actos administrativos expedidos por la UGPP y se ordene la devolución de aportes y/o sanciones, la UGPP ordenará la devolución de los mismos al Fosyga, al Fondo de Riesgos Laborales, a las Administradoras de Pensiones, y riesgos laborales, al Tesoro Nacional, al ICBF, al SENA, a las Cajas de Compensación, y a todas las demás entidades que hayan recibido recursos del Sistema de la Protección Social, según el caso, conforme con el procedimiento que establezca para el efecto.*

Si bien la norma en comento se refiere a la declaración de nulidad de actos administrativos, campo que no es objeto de competencia de esta jurisdicción como lo pone de presente el recurrente, lo cierto es que en este asunto se dirimió conflicto de competencia asignándole la jurisdicción laboral el conocimiento del presente asunto, lo que impone determinar si hay lugar a ordenar como lo solicita la parte demandante devolución alguna de lo pagado por esta, en cumplimiento de los actos administrativos reseñados al comienzo de este pronunciamiento.

Sobre el particular y no obstante lo señalado en precedencia a igual conclusión arribará la Sala en cuanto a la absolución de las pretensiones; lo anterior por cuanto, como bien lo indicó la Juez de primer grado, en el presente no se encuentra probado de manera fehaciente los errores en que señala la parte demandante incurrió la demandada al efectuar la liquidación de aportes de los empleados a su cargo; y al ser este un asunto procesal que persigue principalmente la devolución de dineros, era obligación de la parte demandante haber señalado con claridad el origen de tales diferencias dinerarias que alega el banco demandante recaudó de más la UGPP; no siendo de recibo como lo indica en su recurso que sea el despacho el que deba hallar tales inconsistencias, pues una vez asignado el presente asunto a esta jurisdicción le correspondía adecuar lo petitionado al trámite procesal a seguir, teniendo en cuenta que no le está permitido al Juez Laboral realizar presumir o deducir lo pretendido a partir de conjeturas o suposiciones como lo ha indicado de manera reiterada la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1937 de 2019, M.P. Fernando Castillo Cadena.

Así las cosas lo único que se puede deducir de la planilla de autoliquidación de aportes que indica el recurrente en sus alegaciones se dejó de valorar, son las sumas que pagó el banco por aportes de cada uno de los trabajadores y tal documental no revela nada respecto a las inconsistencias alegadas, pues fue en estas en las que fundó su demandada y no como lo indica en su recurso, su petición no está cimentada en la aplicación de una norma legal como lo es la que regulaba el salario integral para la época en que fueron proferidos estos por la demandada.

De tal manera observa la sala que las documentales allegadas al plenario junto con escrito de demanda tampoco permiten determinar las inconsistencias alegadas, pues en estas de igual manera, se relacionan los trabajadores del banco y las sumas pagadas en su nombre por concepto de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales y ninguna da cuenta de los errores endilgados a las liquidaciones efectuadas por la demandada, sin que se itera, sea el Juez el llamado a deducir lo peticionado por la parte actora, pues a esta le compete en virtud del principio de la carga de la prueba, demostrar los supuestos de hecho de las normas que invoca en virtud de la carga que le impone el artículo 167 del CGP., máxime cuando como indicó la Juez de primer grado, desistió del dictamen pericial pretendido en su libelo inicial, siendo este medio de prueba el idóneo para determinar las irregularidades que alega en la liquidación de aportes efectuada por la demandada.

Por último y respecto del argumento en cuanto al valor de las costas fijadas en primer grado, procede señalar que la cuantía de las mismas se aprueba una vez culminado el trámite procesal, conforme lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP; de tal manera, es en dicha etapa procesal en que el recurrente está facultado para manifestar su inconformidad al respecto.

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.

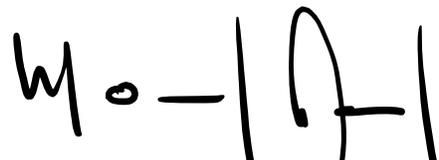
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

ORDINARIO No. 32-2018-594-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO SANDOVAL BOTACHE

**DEMANDADO: PARQUE INDUSTRIAL EL DORADO 1
PROPIEDAD HORIZONTAL Y OTRO**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

SENTENCIA

El señor **CARLOS ALBERTO SANDOVAL BOTACHE**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **REPRESENTACIONES JCJ SAS Y PARQUE INDUSTRIAL EL DORADO 1**, para que a través de un proceso ordinario de primera instancia, se declare que existe un contrato de trabajo a termino indefinido entre el actor y las demandadas y en consecuencia adeuda comisiones, prestaciones, sanción moratoria del art 99 de a ley 50 de 1990, extra y ultra petita. (fls 2al 18).

Fundamenta sus pretensiones en que el demandante se encuentra vinculado como gerente de ventas con las demandadas desde el 11 de noviembre de 2011, que las demandadas adeudan comisiones, que durante la relación laboral no han consignado cesantías, ni pagado intereses, que el contrato sigue vigente y que el salario devengado es de \$33.271.560,, que el demandante recibió \$100.000.000 tanto en efectivo como en muebles, sin saber a que rubro debía ser imputado y se supone debe ser pago de comisiones. (fls 2 al 18)

Las demandadas contestaron la demanda así:

PARQUE INDUSTRIAL EL DORADO 1 oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda En cuanto a los hechos los negó en su totalidad, asegurando que la empresa se constituyó a partir de 2016, luego la fecha mencionada en la demanda hace imposible tal contrato. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia total de las obligaciones pretendidas, falta de legitimación por pasiva, mala fe del trabajador, innominada o genérica. (fls 118 a 122).

REPRESENTACIONES JCJ SAS oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por cuanto no existe contrato de trabajo. En ese orden negó los hechos relativos a este vínculo, aceptando que no ha pagado prestaciones ni comisiones porque no esta obligada a hacer esos pagos. Propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, existencia de corretaje inmobiliario, vía judicial equivocada para demandar, prescripción. (fls 139 a 144).

Tramitada la primera instancia, el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia calendada dieciocho (18) de septiembre de 2019, por la que resuelve DECLARAR PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones, inexistencia del contrato de trabajo ABSOLVIENDO a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y CONDENÓ en costas a la parte demandante. (fls 161y siguientes).

Para llegar a esa conclusión el Juez afirmó: *“...Para resolver el presente caso y teniendo en cuenta lo dispuesto en los Artículos 22 al 24 del código sustantivo del trabajo, el artículo 22 define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración, el art 23 de la norma en cita hace referencia a los elementos del contrato de trabajo señalando que para que exista un contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos a saber: la prestación personal del servicio, el salario o la retribución de este servicio y la subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador, el Art 24 por su parte hace referencia a la presunción, donde se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Para los efectos del proceso que hoy nos ocupa, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que corresponde entonces al trabajador acreditar el salario y la prestación personal del servicio y a quien se aduce ser el empleador le correspondería desvirtuar el elemento subordinación que diferencia el contrato de trabajo de otros tipos de contratación. Así las cosas y sobre devengar un salario promedio de \$33.271.560 pesos, en tanto que en lo que respecta la demandada representaciones **JCJ S.A.S señala que entre el demandante y esta sociedad existió un contrato de corretaje** a través del cual el demandante comercializaba o realizaba la gestión de venta de unos inmuebles de propiedad de esta sociedad y en lo que respecta al parque industrial el Dorado **Propiedad horizontal señala no haber tenido ningún vínculo con el actor**. Adentrando en el material probatorio allegado al proceso debemos señalar lo siguiente: a folios 30 a 41 del expediente obra un documento dirigido por el demandante existencia de la relación laboral surgida entre las partes, dónde el demandante indica que se trata de*

un contrato de trabajo a término indefinido el cual inclusive aduce está vigente al día de hoy porque no se lo han terminado y donde señala ocupar el cargo de gerente de ventas al representante legal de parque industrial el Dorado I PH, en el cual con referencia a la condición laboral, personal del señor Carlos Alberto Sandoval constancia de propiedad de los bienes inmuebles de uso personal, documentación del proceso jurídico laboral iniciado contra el señor Javier Enrique Molina, copias de pago de nómina, situación proposición a la actividad escrita en el email enviado por Gina Eraque, copia de situaciones penales automotrices y fraudes con la Dian y otras de igual importancia o contrarios al buen proceder laboral, debe señalarse que este documento, lo que se determina es que se trata de una reclamación de la cual es un documento elaborado por el demandante de que no puede acreditar vínculo laboral entre el demandante y las demandadas a folios 27 a 29 del expediente copia de la resolución número 0487 del 28 de junio del 2016 por medio de la cual se ordenó el registro sobre la existencia y representación de una persona jurídica, advirtiéndose que conforme a esta resolución se ordenó en su artículo primero registrar la existencia y representación legal de Parque Industrial el Dorado I, representado para los efectos legales por la empresa servipafre Ltda., a través del señor Fredy castor Blanco Ruíz en calidad de administrador y representante legal, adicionalmente tenemos a folio 42 del expediente una comunicación suscrita por el señor Javier Enrique molina autorizando a Carlos Alberto Sandoval Botache a efectos de que reciba su nombre y representación, dos vehículos con ocasión de una promesa de permuta de dos bodegas que se han firmado entre el señor David Ospina y Javier Enrique molina, vehículos que se entregaban como parte de pago que lo convenía a folio 43 del expediente un documento suscrito por el señor Javier molina puentes representaciones JCJ con destino a los señores Sonia García y Carlos Sandoval en la cual los autoriza para la negociación de 17 unidades de bodega o más de ser necesario en el parque industrial el dorado fijándose el valor del metro cuadrado y que de ser exitosa la negociación se generara una comisión del 3% sobre el valor total que se liquidara de manera proporcional al ingreso de los dineros, documento adiado 23 de diciembre del 2013 a folio 44 del expediente un carnet en su parte superior parque industrial el dorado representaciones JCJ, representante de ventas Carlos Alberto Sandoval, a folio 45 del expediente una tarjeta de la doceava expo construcción, expo diseño 2013 donde se observa que se le da al señor Carlos Alberto Sandoval empresa Bing S.A.S parque industrial el dorado empresa que se desconoce que relación pueda tener con este proceso, o con las partes en contienda, a folios 46 a 55 del expediente contrato de promesa de permuta de un lote terreno de mil metros cuadrados junto con la bodega construida sobre él, bodega numero 44 o cualquiera que se determine primero de esa misma manzana de propiedad de Javier Molina del bloque 2 ubicado dentro del parque industrial el Dorado 1 propiedad horizontal ubicado en el municipio de Funza Cundinamarca, en la cual se observa que está siendo suscrita por el prometiende primer permutante el señor Javier Enrique Molina Puentes en representación JSJ y obra como testigo vendedor parque industrial el Dorado 1 Carlos Alberto Sandoval Botache. adicionalmente a folios 53, 54 del expediente obra unas tarjetas de presentación del señor Javier Molina gerente general de representaciones JSJ, Cristian J Molina A, arquitecto representaciones JSJ que nada demuestran a este proceso, a folio 55 documento de fecha 24 de junio de 2016 mediante el cual en su encabezado recibo partición de comisión producto de la venta de lote de terreno número 17 del bloque 1 que forma parte del parque industrial el Dorado ubicado en el municipio de Funza Cundinamarca y donde está suscribiendo el agente vendedor de parque industrial el Dorado y entrega el dinero Carlos Alberto Sandoval Botache, el partícipe de la comisión y recibe el dinero Jonatán A Molina Arenas del cual adicionalmente se resalta lo siguiente: el señor Molina Arenas delegó expresamente al señor Carlos Sandoval quien tenía la información exacta del vendedor para que ejecutara la negociación hasta llevarla a feliz término, se descontaron gastos de representación pues el señor Carlos Sandoval tuvo que desplazarse hasta la ciudad de Cúcuta lugar de origen del cliente comprador, proveer la documentación y recoger cliente en transporte uber hasta la notaria y luego hasta su casa de habitación a folio 56 del expediente un comprobante de egreso diciembre 17 de 2016, participación en comisión de lote por referido donde se señala, recibí de manos del señor Carlos Alberto Sandoval Botache quien es el agente vendedor autorizado de Parque Industrial el Dorado 1 la suma de

1.500.000 mil pesos por concepto de la participación en la comisión por el referido del señor Jacinto Naranjo y o industrias INA, quien compro el lote N 16 por referido mío, se tiene una firma, numero de identificación se desconoce más allá de que se hace una anotación en la parte inferior de esta copia que dice recibo Magda secretaria Tafur administración anterior, se desconoce realmente quien suscribe este documento, a folio 57 documento comprobante de egreso de diciembre 17 de 2016, comisión permuta de un Jep Willis rojo marca por Cobelco que reza: recibí de manos del señor Carlos Alberto Sandoval Botache quien es el agente vendedor autorizado del parque industrial el Dorado la suma de 500.000 mil pesos por comisión de la permuta de un Jep Willis rojo carpado por una retroexcavadora marca cobelco igualmente con una firma, numero de identificación en la parte inferior se señala que es el señor Gilberto chibeto empleado A.R construcciones a folio 58 igualmente un comprobante de ingreso por participación de comisión en el que se señala: yo Cristian Javier Molina con cedula de ciudadanía como aparece al pie de mi firma he recibido de manos del señor Carlos Alberto Sandoval b quien desempeñando las funciones de agente vendedor del Parque Industrial el Dorado arrendo las bodegas números 45 y 46 de propiedad de Ernesto Flórez arrendadas a Arroz supremo, utilidad 2500.000 mil pesos a folio 59 otro comprobante de egreso igualmente refería una participación de la comisión del negocio que se señala con el señor Jacinto del lote numero 16 o industrias INA con firma y número de identificación se señala Gina Eraque secretaria privada administradora JCJ, a folios 60 del expediente documento que da cuenta de la entrega de un inmueble en la que participa el señor Carlos Alberto Sandoval en calidad de persona que entrega el inmueble a folios 61 al 68 un documento denominado cuentas pagadas parque industrial de abril, mayo, junio de 2013, julio de 2013 y listado general de cuentas por pagar de julio y septiembre de 2013 documentos que no tienen firma alguna y en los que se relaciona unos pagos en el mes de mayo de 2013 al señor Carlos Sandoval por comisión venta bodega P Y D abono comisiones, cuentas por pagar a julio 2013 el señor Carlos Sandoval por ventas 8.200.00 mil de pesos en cuentas pagadas en julio de 2013 al señor Carlos Sandoval abono comisiones 500.000 mil pesos en cuentas por pagar de septiembre 2013, el señor Carlos Sandoval ventas 8.850.000 mil pesos a folios 69 a 71 más las constancias del envío por correo certificado de la cuenta de cobro presentada por el hoy demandante a través de su apoderado judicial a representaciones JCJ S.A.S, a folio 77 del expediente una convocatoria a comité laboral donde se cita al señor Carlos Alberto Sandoval Botache a efectos de invitarlo a un comité laboral a folios 78 a 82 del expediente los comprobantes de egreso pagados a Carlos Sandoval por conceptos de abonos, comisiones, ventas bodegas P Y D de los cuales se desconoce quien emitió estos comprobantes o quien efectuó el pago a folios 83 una solicitud de pronto pago, comisiones por ventas realizadas al señor Javier Enrique Molina por Carlos Alberto Sandoval y Mario Piratoa Quevedo, a folio 84 una comunicación dirigida a Cruz Alberto casas palacios productos valentina con referencia entrega copias escritura negocio bodega 131 E Y D 1 PH documento de fecha octubre 24 de 2017, de igual manera a folio 85 otro documento dirigida a la gerente comercial leasing banca corporativa y empresarial Davivienda con referencia entrega copia escritura del negocio bodega 131 a folio 86 comunicación dirigida al señor Camilo Cote de septiembre 27 de 2017 poniendo a disposición la documentación correspondiente a la bodega 131 a folio 89 a 91 reclamación presentada por el señor Carlos Alberto Sandoval a parque industrial el Dorado 1 propiedad horizontal y la respuesta a folios 92, 93 del expediente, a folios 94,95 del expediente comunicación dirigida al señor Carlos Alberto Sandoval Botache referencia y a respuesta de derecho de petición suscrita por el representante legal de servipafres limitada representante legal de parque industrial el Dorado 1 propiedad horizontal a folio 96 del expediente obra un documento se entiende elaborado por el demandante que hace una relación de las negociaciones pactadas y contratadas, fecha próxima de la negociación, monto aproximado del negocio, total de la comisión generada a nombre del cliente donde se refiere un total de comisiones por 2.634.000 millones que sería lo que se está solicitando se le cancelen al demandante con este proceso y que de acuerdo a esta relación se está haciendo referencia a un negocio, el 20 de noviembre de 2011 posteriormente a unos negocios celebrados en junio 2013, junio 2014, diciembre 2014, Enero 2015, junio de 2015, noviembre de 2016, diciembre de 2016, febrero de 2017 y varias fechas sin especificar a folio 97 del expediente una oferta de

*compra presentada por Jamoneria suiza a parque industrial Dorado propietario de lote numero 10 a folio 98 respuesta enviada por Carlos Alberto Sandoval de ventas a los señores Liliana Cubillos y José Ramírez, Jamoneria Suiza en la que se refiere me dirijo a ustedes con el propósito de hacerle llegar la propuesta comercial que he recibido de manos del señor propietario el lote N 10 correspondiente a la manzana número 1 del parque empresarial el Dorado, a folio 99 igualmente una comunicación de julio de 2013 el mismo sentido, a documento folio 127 expedida por la secretaria de gobierno de Funza acerca de la existencia y representación legal de parque el Dorado 1 propiedad horizontal de igual manera el registro único tributario a folio 131 de la referida copropiedad. Adicional a estos documentos tenemos el interrogatorio por parte del demandante recaudado el día de hoy y los testimonios de los señores Henry Noé Díaz Gaitán, Víctor Lorenzo barragán Tijaro, Claudio Enrique Cortez García, Gonzalo Salazar gordillo, Manuel Zabala Estupiñan, Jonatán Alexander Molina Arenas y Cristian Javier Molina arenas de las pruebas allegadas al proceso debe señalar el despacho desde ya que habrá de absolverse las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra pues efectivamente como lo refirieron de manera extensa a los apoderados de las demandadas en sus alegaciones en este proceso, **no está acreditado en debida forma los elementos que constituyen un contrato de trabajo como señalé, al trabajador le corresponde de acreditar la prestación de servicio y el salario como mínimo para que se declare el contrato de trabajo, respecto a la prestación personal del servicio los documentos allegados al proceso no dan certeza de que efectivamente correspondan a documentos de los demandados en lo que respecta a los comprobantes de egreso y recibos de caja adicionalmente las comunicaciones que se allegan dan cuenta de que efectivamente se está hablando de autorizaciones al señor Carlos Alberto Sandoval para que realicen negociaciones a nombre de representaciones JCJ y que por estas negociaciones en caso de llevarse a feliz término recibirá unas comisiones de lo cual más allá de que haya efectuado actividades tendientes a llevar a cabo negocios de compraventa de bienes inmuebles propiedad de JCJ pues lo cierto es que no está acreditado que estas gestiones comerciales hayan llegado a feliz término, aunado a ello, no se observa la continuidad a lo largo del tiempo cuando estamos hablando de un contrato de trabajo desde 2011 como lo pretende la parte demandante y lo que se observa es unas ventas, si acogemos el documento que allegó el demandante y en el que tasa el monto de las comisiones que se le adeudan, unas ventas con un lapso considerable de tiempo entre unas y otras mas no una continuidad en el tiempo.***

El despacho encuentra que no está debidamente acreditado más allá del dicho del demandante que estas gestiones comerciales eventualmente hayan llegado a feliz término y que en esos negocios que aduce el demandante el haya participado como intermediario y haya gestionado estos negocios y que sea inclusive acreedor de esas comisiones que reclama, aunado a ello está claro en el proceso que la propiedad horizontal hoy demandada parque industrial el Dorado 1 efectivamente fue inscrita, se le reconoció su personalidad jurídica mediante la resolución 040087 del 28 de junio de 2016 y de acuerdo a los testimonios allegados al proceso se da cuenta de que en este caso inicialmente se constituyó una sociedad parque industrial el Dorado S.A.S por parte del señor Raúl Gaitán se desconoce o no se tiene certeza del negocio que se llevó a cabo entre representaciones JCJ y el señor Raúl Gaitán pero de acuerdo a los testimonios allegados al proceso se entiende que tres personas entraron a participar de este negocio, los señores Hello Mesa y Molina y que su participación en este proyecto inicialmente fue para lograr escriturar en debida forma el mismo y poder comercializar los lotes o las bodegas y que con posterioridad ya realizados algunos negocios inmobiliarios si se constituye la propiedad horizontal como tal, entendiéndose entonces que esos documentos que allegó la parte demandante que no tienen firma a folios 61 a 68 el expediente corresponden a las cuentas de cuando se trataba de parque industrial el Dorado S.A.S y de los gastos que gestionaba esta sociedad para efectos de adelantar el proyecto, en estos documentos que allega el demandante también se da cuenta de que los pagos que se le hicieron a él fue por concepto de comisiones e igualmente se observa

que no efectúan pagos en todos los meses en caso de que le diéramos validez a estos documentos que reitero están sin firma alguna, si le diéramos validez a lo que estos documentos expresan pues estaríamos efectuando pagos por ventas por comisiones y no de manera permanente todos los meses sino en diferentes meses lo cual da cuenta de un negocio muy diferente a un contrato de trabajo en lo que respecta al elemento del salario más allá de que el demandante dice que se pactó un salario, no se estableció un monto entonces se toma por sentado que es el salario mínimo, lo que denota entonces de parte del interrogatorio del demandante que no se pactó ningún salario porque ni siquiera se tiene un valor entonces que fue lo que se pactó porque no se habló de un monto específico y efectivamente no está acreditado en el proceso que se hubiera pagado al demandante, ese salario básico que el aduce en su interrogatorio de parte, es más dice que no se le pagaba de manera cumplida entonces que se le adeuda pero en la demanda no está pidiendo condenas a su favor por conceptos de salario básico, está pidiendo una suma de más de dos mil millones de pesos por concepto de comisiones. Comisiones que adicionalmente que no está acreditado que son escalonadas en el tiempo y que por ende si entre la primera comisión que se señala en el folio 96 del expediente, es un negocio del 20 de noviembre del 2011 y la siguiente hace referencia a junio del 2013 estamos hablando que transcurrió más de un año y medio sin recibir un solo pago por concepto del salario básico y cuando se reitera solo está cobrando estas comisiones de igual; manera llama la atención del despacho que algunos de los documentos que allegó el demandante por concepto de comprobante de egreso precisamente da cuenta de la repartición de comisiones entre las personas que participan del negocio, el documentó que aparece firmando el señor Cristian folio 58 se trata del arriendo de unas bodegas que ni siquiera son propiedad de las hoy demandadas se dice claramente de propiedad de Ernesto flores y arrendada a Arroz supremo entonces que relación tiene este documento con la empresa JCJ o con parque industrial el dorado uno propiedad horizontal y que da cuenta por el contrario de lo que señalaron los testigos al unirse en este proceso tanto lo que trajeron la parte demandante y la parte demandada de que el señor Carlos Alberto Sandoval se dedicaba a actividades o a negocios de gestión inmobiliaria no solo a favor de JCJ sino a favor de diferentes personas y este documento que él mismo demandante allega da cuenta de otro tipo de gestiones inmobiliarias en lo que respecta a la repartición de comisiones de diciembre 15 del 2016 que allega el demandante hacen referencia a un negocio con el señor Jacinto naranjo o industrias INA pero en la relación de las comisiones que allega el demandante a folio 96 del expediente no aparece como cliente ni el señor naranjo ni industrias INA, se desconoce qué relación podría tener con las demandadas, en lo que respecta a la bodega N 131 de un negocio con Cruz Alberto Casas Palacios productos valentina de octubre 24 de 2017 que ni siquiera se relaciona entre los que se le adeudan comisiones al demandante, se desconoce quién es el propietario, en cuanto a la oferta que se hace para la compra del lote N 10 con Jamonería Suiza, Cuando el señor Carlos Alberto Sandoval contesta a la oferta hace referencia a que hago llegar la propuesta comercial que he recibido de manos del señor propietario del lote N 10, se desconoce quién es el propietario de este lote y lo que se observa más allá en la parte superior izquierda, dice parque industrial el Dorado pues entonces ni siquiera estaría hablando a nombre de parque industrial el Dorado sino del propietario del lote N 10 que se desconoce quién.

Es decir las pruebas allegadas al proceso no dan certeza alguna del vínculo que se aduce del demandante con representaciones JCJ S.A.S en todo caso y en lo que respecta a la propiedad horizontal se observa que no hay relación alguna con la propiedad horizontal eventualmente pudo ser que el señor Carlos Alberto Sandoval gestionara negocios a favor de parque industrial el Dorado que se desconoce en este proceso pero no a nombre de la propiedad horizontal que por demás tampoco se acreditó en el proceso que la propiedad horizontal como tal sea propietaria dueña de algunos de los inmuebles que conforman la copropiedad; una cosa es la copropiedad como un todo y otra cosa es que esa persona jurídica parque industrial el Dorado sea dueña de esas bodegas y que los esté comercializando, lo que se observa es que serían 2 personas o dos entes jurídicos diferentes, y en cuanto al elemento subordinación que por demás

desacreditaba los 2 elementos salario y prestación personal del servicio ya no habría lugar al referirnos a ello pues lo cierto es que el demandante aduce que se le impartían ordenes por parte del señor Javier Enrique Molina pero cuando se le preguntan cuáles órdenes no da cuenta de ellas y ninguno de los testigos de este proceso dio cuenta de que se le impartieran órdenes a Carlos Alberto Sandoval, inclusive en lo que respecta a los testigos allegados por la parte demandante, los señores Henry Noé Díaz Gaitán, Víctor Lorenzo barragán Tijaro y Claudio Enrique Cortés García ninguno de ellos sabe cuál era la relación de Carlos Alberto con las demandadas, en el caso de Henry Noé Díaz Gaitán inclusive lo que el refiere es que el contacto a un señor de apellido Mugrabi para efectos de que el conocía al señor Mugrabi que quería adquirir una bodega y tenía conocimiento que Carlos Alberto tenía unas bodegas para la venta y efectuó el contacto para ver si se realizaba una negociación, negociación que se desconoce si se llevó a cabo porque no hay pruebas en el proceso más allá que se ha dicho en el proceso que el señor Mugrabi si es propietario de un inmueble dentro de la copropiedad no se conoce si la negociación que se llevó a cabo entre JCJ y el señor Mugrabi o entre cualquier otro de los copropietarios inclusive el señor Henry Noé Díaz Gaitán refiere que él no ha recibido nada por esta venta que el había acordado con el señor Sandoval que recibiría una cuarta parte comisión que se generara por este negocio en lo que respecta Víctor Alonso Barragán este testigo manifiesta haber invertido ser copropietario pero manifestó que Carlos Alberto no había participado del negocio a través del cual el compro el inmueble en la copropiedad, lo que conoce es que el señor Carlos Alberto obraba como vendedor y que cuando él va a visitar y estar pendiente de su propiedad pues observa que allí esta Carlos Alberto pero sin saber cuál es la relación de Carlos Alberto con representaciones JCJ o con la propiedad horizontal y en lo que respecta al señor Claudio Enrique García manifestó que Carlos Alberto en varias oportunidades lo invitó a participar del proyecto parque industrial el Dorado y que el obraba como vendedor o como representante de ventas pero que no conoce cómo era la relación entre el demandante y los demandados que inclusive también manifestó ser amigo de Javier Enrique Molina quien representa a JCJ y que él ha hecho negocios con Carlos Alberto Sandoval en los cuales se han reconocido unas comisiones. Negocios que no tienen nada que ver con el parque industrial el Dorado a más de que el señor Carlos Alberto en su interrogatorio dijo que quien estaba obligado a pagarle era el señor Javier Enrique Molina, hizo siempre referencia que el señor Javier era su jefe. Refiere que se acredita la relación laboral por un documento en el cual se señala que es el gerente de ventas y con este solo documento pretende que se acredite relación laboral, el salario por un documento en el que se aduce lo cual dicho documento por sí solo no prueba una relación laboral, adicionalmente el mismo demandante refiere que la última venta fue en el año 2016 y que del año 2017 en adelante no ha podido realizar ninguna venta por una serie de problemas y que representa la copropiedad entonces no puede hacer ninguna gestión pero el sigue realizando negocios a nombre de otros donde entonces el despacho se pregunta trabaja para los demandados o trabaja como una persona independiente que gestiona negocios a favor de terceros y por los cuales recibe unas comisiones que son reconocimiento económico. Así las cosas el despacho habrá de absolver a las demandadas, habrá de condenarse en costas al demandante y a favor de las demandadas declarándose probadas las excepciones denominadas cobro de lo no debido e inexistencia total de las obligaciones pretendidas formulada por Parque Industrial el Dorado I PH, al igual que la inexistencia de contrato de trabajo formulada por representaciones JCJ S.A.S.

Inconforme con esta decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que: "... Discrepo de la apreciación que le da a las pruebas aportadas y testimonios brindados en este debate probatorio, algo que no vio el señor juez es que JCJ S.A.S adquirió un lote de terreno para hacer ventas lotearlo y venderlo e incluso construir bodegas, ese lote que adquirieron se denominada Parque Industrial el Dorado era esa la denominación o el hecho de que no se haya legalizado, sino hasta determinada fecha posterior, no quiere decir que esa sociedad no existiese, existían tal que eran la misma figura, el señor Javier Molina, sus socios y la propiedad parque industrial el Dorado que después al

legalizarse cambia de nombre a parque industrial el Dorado I PH. Con respecto a lo que afirma su señoría basándose en las pruebas de que no existió un contrato de trabajo me permito referirme a los tres elementos del contrato:

- 1. El salario, si fue estipulado quedo claro que se pagaban unas comisiones del 3%, el hecho de que sean unas comisiones no quiere decir que no sea un salario también es válido estipular un salario como comisiones y eso no desvirtúa un contrato de trabajo.*
- 2. En cuanto a la subordinación suficientes pruebas documentales y también testimoniales donde se demuestra que sí recibía órdenes del señor Molina como gerente de JCJ, quisieron en su momento aislar al señor Molina de la empresa JCJ representaciones y no era posible dada la representación legal y por eso está en esta audiencia representando a su empresa JCJ, hubo testimonio de testigos donde algunos dijeron si el señor Sandoval estaba encargado de algunos trámites por órdenes del señor Javier molina, estaba encargado de hacer tales ventas, fue enviado a determinadas ciudades a cumplir órdenes del señor Javier Molina entonces la subordinación si existió claramente.*
- 3. La prestación personal del servicio, su señoría en unas ventas de unas bodegas que superen hasta los cuatro mil, cinco mil millones de pesos no es fácil que se haga una venta diaria de un producto como este, aquí no estamos vendiendo una panela sino unas bodegas de unos precios que requieren determinados clientes especiales para que pueda llevarse a cabo un negocio de esta magnitud, entonces que pasa esa continuidad en el tiempo no me parece lógico que se valore de esa manera, el objetivo de esa relación laboral era hacer las ventas de esas bodegas y eso fue lo que logró el señor Sandoval, ahora el hecho de que las personas jurídicas demandadas ni siquiera aporten una prueba en contrario de las afirmaciones que hacemos, relación incluso de las ventas que hace el señor Sandoval **no deja con la carga de la prueba solamente al trabajador recordemos su señoría que la carga dinámica de la prueba traslada al empleador esa obligación de probarlo porque tiene esa posibilidad si el señor Sandoval no hizo ninguna venta demuéstrenos diciendo ¿quién vendió las bodegas? Ya no hay ninguna bodega se vendieron**, y el señor Sandoval estuvo presente en esas negociaciones y se llegó a la conclusión de que ¡no hizo una venta! Es decir, la empresa demandada en principio JCJ que como digo al final eran una misma situación que ya después ya se volvió una copropiedad y es donde el señor molina da paso al costado pero en si eran la misma figura entonces considero su señoría que en ese orden de ideas faltó que se desvirtuaran las presunciones de las que hable en mis alegatos de conclusión Art 98 y 24 del código sustantivo del trabajo esas presunciones nunca fueron desvirtuadas las desvirtúa su señoría en la apreciación de las pruebas, es decir sin que ellos aporten ninguna prueba en contrario no pueden existir documentos de pago, recibos de pago cuando es precisamente lo que estamos reclamando, estamos reclamando el pago de esos salarios llámese comisiones etc., si no existen pagos como vamos a demostrar por eso estamos reclamando. otro factor importante, ninguno de los documentos que se aportaron fueron tachados de falsos y prueban claramente que hubo una relación laboral hay unas certificaciones laborales y certifican que el señor Sandoval actúa como trabajador, como gerente de ventas que la hacen ver como una autorización pero es una certificación laboral ninguno de esos documentos fueron tachados como falsos, contrario por la parte demandada igual los testigos siempre involucraron al señor Sandoval como vendedor incluso los testigos de la parte demandada. Otro factor importante, que en la audiencia inicial por situación lógica del proceso por la no asistencia de la parte demandada el representante*

*legal de parque el Dorado no asistieron y su señoría declaró **que existía una relación laboral eso tiene sus consecuencias y debería respetarse este punto. Yo solicito su señoría que se me conceda el derecho de apelación y que valore y evalúe mejor las pruebas aportadas y que tenga en cuenta no se aportó por parte de las partes demandadas.***”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, se resolverán los puntos específicos de apelación, básicamente indebida valoración probatoria, carga de la prueba que denomina dinámica y confesión que no fue valorada ante inasistencia de la parte demandada a audiencia de conciliación y en síntesis insistencia en la declaración de existencia de contrato de trabajo; análisis que se hará de manera simultánea.

Lo primero que advierte la Sala es que cuando el argumento de la apelación es indebida valoración probatoria, debe el recurrente señalar de manera precisa cuales fueron las pruebas erróneamente apreciadas o cuales, dejadas de valorar, ya que, aunque el recurso de apelación no requiere de una técnica rigurosa ni de fórmulas sacramentales, pero si fija los puntos en virtud del principio de consonancia contenido el art 66 A del C P del T y de la SS, sobre los cuales puede pronunciarse el Tribunal; lo cual resulta deficiente en el argumento del recurso que indica que el Juez no valoró las pruebas ni los testimonios, se itera sin decir cuál fue el error, cual mal apreciada, cual dejada de valorar y por el contrario expresando un argumento bien y acertadamente estudiado por el Juez sobre la inexistencia de la propiedad Horizontal, que solo se constituye en 2016, por lo que de lógica resulta imposible, que se presten servicios a su favor desde 2011 como se pretende; y sin que baste para ello el argumento del recurso esto es, que se compró un lote y se le dio ese nombre, Parque Industrial el Dorado y que ello es prueba de su existencia así se legalizara después, pues esto no obedece a las mínimas normas sobre propiedad existencia y representación legal que rigen en nuestro país y admitirlo sería admitir la existencia de una relación laboral con una persona jurídica que no lo es legalmente y que jamás podría pensarse es igual a los socios como sostiene el recurrente.

En cuanto a la carga de la prueba en materia laboral, nada más equivocado resulta afirmar que cuando el trabajador, **quien debe hacerlo, no prueba el primer elemento del contrato, esto es la prestación de servicios, debe hacerlo el empleador**, pues vale recordar que la actividad probatoria de quien alega la existencia de una relación laboral en la cual concurrió como trabajador, debe conducir al fallador por lo menos a la certeza **acerca de la efectiva prestación personal del servicio, en las condiciones materiales en que eventualmente se desempeñó y durante unos extremos temporales determinados.**

Así las cosas para que se abra paso la presunción establecida en el art 24 del C P del T y de la S S , presunción que le otorga una ventaja probatoria al demandante pues será quien niega el contrato quien deba desvirtuarla, del demandante debe probar **la prestación personal del servicio**, esto es el primer elemento esencial del contrato de trabajo de los tres que contempla el art 23 del CST.

Ahora, aunque el Juez en la audiencia del 18 de junio de 2019 y ante la inasistencia de la demandada PARQUE INDUSTRIAL EL DORADO, señala que se aplicarán las consecuencias del art 77 del C P del T y de la S S, que recordemos implican dar por cierto los hechos, es decir con prueba de confesión; no debe olvidarse que **toda confesión admite prueba en contrario, así lo contempla el CGP en su artículo 197, el cual dispone: INFIRMACIÓN DE LA CONFESIÓN: Toda confesión admite prueba en contrario**”.

Y en ese orden vale decir que el análisis del Juez de las pruebas fue adecuado, partiendo se insiste en el hecho de no poder tener un contrato con una sociedad inexistente para 2011, así como las pruebas documentales que enumeró, las declaraciones que también valoró y el mismo interrogatorio de parte del demandante en el que no pudo expresar o detallar cuales eran las ordenes que recibía, eso en el evento en gracia de discusión de admitir probada la prestación de servicios

En efecto corresponde al Juez valorar las pruebas para determinar si fue desvirtuada la presunción, ese su deber y eso lo que hizo, no como parece entender el recurrente, eso sea un error en la providencia.

Para la Sala, ni aun el primer elemento fue demostrado, pues no se logra este objetivo y carga procesal **a cargo del demandante**, se itera, con las simples afirmaciones, que este haga, para que sea entonces el demandado, bajo un equivocado entendimiento de carga dinámica de la prueba, el que se encargue de ello, como afirma el recurrente; luego no es el demandado quien debe demostrar que el actor no hizo ventas, es el actor quien debe demostrar que las hizo, pero además en las condiciones propias de un contrato de trabajo, pues se recuerda en materia de presunciones el hecho indicado debe estar acreditado.

Y es aquí donde resulta oportuno reiterar, que aunque el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 24 establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, **de acuerdo con lo establecido en el artículo 166 del C G del P, aplicable en materia laboral, las presunciones establecidas por la ley “serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados”**.

Respecto al tema de los alcances de la prestación del servicio resulta ilustrativa la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Mayo 31/65, quien desde esa época señaló:

“No se crea que quien se presente 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 el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la “relación de trabajo personal” de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de un servicio personal materia o inmaterial continuado, dependiente y remunerado”.

Es absolutamente claro en este caso la inexistencia del primer elemento esencial del contrato, o hecho indicador que abriría paso a la presunción, pero de tenerla como también analizó el Juez quedó desvirtuada.

En definitiva, en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, debe concluir la Sala que el demandante no logra demostrar la prestación personal del servicio a favor de la demandada, en las condiciones propias y naturales a la existencia de una relación de carácter laboral. Dicha demostración, como se ha sostenido en reiteradas ocasiones, no puede circunscribirse a la afirmación de la existencia de servicios prestados, y así como se ha afirmado que la subordinación debe ser desvirtuada por el empleador, para lo que no basta la mera presentación de un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil o comercial, al presunto trabajador le corresponde probar suficientemente la prestación personal del servicio, **para lo que tampoco basta con la mera afirmación en tal sentido.**

En este orden de ideas, forzoso concluir en la confirmación de la decisión de primera instancia, pues los argumentos del recurso no tienen la fuerza para quebrarla.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO.- COSTAS. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 34-2018-578-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EFRAÍN GONZÁLEZ TORRES

DEMANDADO: TALLERES AUTOMOTORES LTDA Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación presentados por las apoderadas de las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de diciembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas por ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor Efraín González Torres por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa TELLERES AUTOMOTORS LIMITADA entre el 16 de enero de 1992 y el 13 de enero de 2017, devengando como último salario la suma de \$2.000.000



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34-2018-578-01 Dte: EFRAIN GONZÁLEZ TORRES Ddo.: TALLERES AUTOMOTORES LTDA Y OTROS

mensuales, que el descuento denominado comisión pagada al taller efectuado desde el año 15 de junio de 2005 al 30 de diciembre de 2016 es prohibido; que no le fueron cancelados las acreencias laborales tales como salarios correspondiente a la primera quincena del mes de enero de 2017, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral, y por ello, demanda su pago junto con la indemnización por despido sin justa causa, y del artículo 65 del C.S.T.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que inició a laborar para la empresa demandada el 16 de enero de 1996 de forma e ininterrumpida hasta el 13 de enero de 2017; que estuvo bajo las órdenes del señor Alfonso Bohórquez Herrera, quien le indicaba lo que debía hacer en su cargo de mecánico; que quincenalmente le era descontado de su salario la suma de \$400.000 siendo que percibía por ese mismo periodo \$1.000.000; que su horario de trabajo correspondió de lunes a viernes entre las 07:30 de la mañana a 05:30 de la tarde; que para el pago del salario presentaba cuentas de cobro de manera quincenal; que nunca fue afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, que fue él mismo quien cotizaba a través de un tercero; que en razón a su trabajo contrajo una enfermedad laboral o lesión en la columna lumbosacra, lo que conllevó a informar a su empleador que no podía seguir desempeñando sus actividades como mecánico, lo que impidió volver a su trabajo, para lo cual afirma que se constituyó en un despido indirecto, que se intentó una conciliación ante el Ministerio del Trabajo que fracasó, que hasta la demanda no le han sido reconocidos ni pagados sus derechos laborales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada que se encuentra conformada por la empresa TALLERES AUTOMOTORS LIMITADA y las personas naturales en su calidad de socios Juan Pablo Bohórquez Arias, Paula Andrea Bohórquez Arias, Mario Andrés Bohórquez Arias, Alba María Arias Bonilla y Daniel Felipe Bohórquez Arias, contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 21 a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34-2018-578-01 Dte: EFRAIN GONZÁLEZ TORRES Ddo.: TALLERES AUTOMOTORES LTDA Y OTROS

23, manifestó no constarle 13 al 15 y 17; negó los restantes relacionados con la existencia del contrato de trabajo entre las partes y la causación de las obligaciones de derechos laborales a su cargo a favor del actor. Como excepción previa formuló la de prescripción, y de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de título y causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento declaró que entre el demandante Efraín González Torres y la sociedad taller Automotors Ltda, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, existió un contrato laboral a término indefinido que tuvo vigencia entre el 16 de enero de 1992 y el 15 de diciembre de 2016, siendo solidariamente responsables todos y cada uno de los socios demandados en calidad de personas naturales, Juan Pablo Bohórquez Arias, Paula Andrea Bohórquez Arias, Mario Andrés Bohórquez Arias, Alba María Arias bonilla y el menor Daniel Felipe Bohórquez Arias, actuando por conducto de su padre y representante legal.

1. Declaró que el último salario devengado por el demandante Efraín González Torres asciende a la suma de \$2.000.000.
2. Condenó a la sociedad taller automotors ltda y a los demandados en calidad de personas naturales, señores Juan Pablo Bohórquez Arias, Paula Andrea Bohórquez Arias, Mario Andrés Bohórquez Arias, Alba María Arias bonilla y el menor Daniel Felipe Bohórquez Arias en calidad de socio y quien acude a la litis actuando por conducto de su padre y representante legal, al reconocimiento y pago a favor del demandante Efraín González Torres de los siguientes valores y conceptos:
 - Por concepto de cesantías la suma de \$43.630.000.
 - Por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$720.000.
 - Por concepto de vacaciones la suma de \$4.000.000.
 - Por prima de servicios la suma de \$6.000.000.
 - Por devolución de salarios indebidamente retenidos la suma de \$14.400.000.

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

PROCESO ORDINARIO No. 30 2018 00534 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALBA DELCY PERILLA ENCISO
DEMANDADO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA -
COMCAJA

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 9 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Treinta laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la parte actora.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 7 de febrero de 2011, en el cual, devengaba un salario mensual de \$10.445.221,00, el cual fue terminado sin justa causa por parte de la demandada el día 20 de mayo de 2016, fecha para la cual, cumplía los requisitos para ser considerada pre pensionada.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al reintegro de la trabajadora al cargo que tenía o a uno de iguales o mejores condiciones hasta que se produzca el goce efectivo de su pensión de vejez (fl.- 224 - 225)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que prestó sus servicios a la demandada por más de 19 años, en diferentes cargos desde el 9 de enero 1996.
- Que el último contrato de trabajo se suscribió el 7 de febrero de 2011 a término indefinido.
- Que el 31 de marzo de 2015 se conforma el sindicato de trabajadores de la caja de compensación familiar campesina – COMCAJA “SINTRACAMPESINA”.
- Que el 1 de marzo de 2016 la oficina de talento humano de la demandada, les solicita a todos los empleados que, se encuentren inmersos en el retén social, por ser prepensionados.
- Que la actora le manifiesta a la demandada que está a menos de tres años para adquirir su derecho a la pensión, de conformidad con la certificación expedida por la propia demandada.
- Que la señora MARIA TERESA ZULUAGA ECOBAR, en calidad de agente especial de intervención de COMCAJA, a través de un estudio técnico la incluyó como prepensionada.
- Que mediante oficio No. 20161000014463 del 20 de mayo de 2016, se le informó que la demandada había tomado la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo y sin justa causa, a partir del 20 de mayo de 2016, momento en el cual devengaba un salario de \$10.445.221,00.
- Que en la actualidad los requisitos para pensionarse son 57 años de edad y 1300 semanas para pensionarse y a la terminación del vínculo, la actora contaba con 54 años de edad y 1.653,29 semanas.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

- Que a otros compañeros, en la misma situación, la demandada, si les reconoció, la calidad de prepensionados. (fl.- 221 - 253)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 7, 10 a 13 y 16 a 23, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso como excepción de fondo, la que denominó irretroactividad de la ley. (fl. 260 -279).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 9 de agosto de 2019, resolvió:

1. Absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda;
2. Condenar en costas a l demandante, liquidense por secretaria, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$2.000.000;
3. Consulte la presente decisión ante el honorable tribunal superior de Bogotá, en su sala laboral, por salir adversa esta decisión a los intereses de la trabajadora demandante.

Fundamentó su decisión en la Juez de primer grado señalando:

“Al momento de fijar el litigio se estableció que los problemas jurídicos se resolverían dando respuesta a los siguientes interrogantes: primero, determinar si hay lugar o no la declarar la estabilidad laboral reforzada por ostentar la señora demandante la calidad de pre pensionada. Segundo, en caso afirmativo vamos a verificar si alcanza prosperidad el reintegro solicitado y si hay lugar o no a acceder sobre las demás suplicas consignadas en el acápite de pretensiones de la demanda, y tercero y último problema habíamos indicado que se resolvería entrando a verificar si alcanza prosperidad alguna de las excepciones planteadas como medio de defensa por la caja de compensación demandada. Para resolver este asunto tendremos en cuenta entonces lo consignado en los artículos 48, 53 y 230 de la constitución política. Analizaremos algunos aspectos relacionados con el contrato de trabajo y en todo lo que tiene que ver con la carga dinámica de la prueba aplicaremos lo dispuesto en el artículo 164 y 167 del código general del proceso y en todos aquellos aspectos que tienen que ver con la libre formación del convencimiento con el cual contamos los jueces de la republica aplicaremos artículos 60 y 61 de nuestro estatuto procesal laboral. Vamos entonces a identificar la teoría



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

del caso que defiende cada uno de los intervinientes para confrontarla con el material probatorio y entrar a verificar cuál de las teorías sale adelante. Tenemos entonces que la parte demandante como teoría del caso afirma que prestó sus servicios personales y de carácter subordinado a COMCAJA en forma ininterrumpida y continua, relata que su vinculación se dio en virtud de una suscripción de un contrato de trabajo, iniciado el 9 de enero de 1996 y que durante ese periodo desempeñó diferentes cargos, empezó en el cargo de analista en el nivel central, luego de coordinadora de presupuesto, luego de jefe de sección de presupuesto, también ocupó el cargo de profesional nivel ejecutivo, jefe de departamento, posteriormente como jefe de departamento de contabilidad, subdirectora administrativa y financiera y también de asesor y gerente desde el 4 de julio de 2014 al 20 de mayo de 2016. Argumenta también que estaba afiliada al sindicato a sintracampesina, precisamente para el momento en que se efectuó su retiro. Indica también que la convención colectiva rigió entre el 19 de julio de 2015 al 19 de enero de 2017, y que la demandada mediante una comunicación que data del 1 de marzo de 2016 le indica que está inmersa en las condiciones para estar cobijada por los beneficios de pre pensionada y reten social, y también indica que mediante resolución 48 del 20 de enero de 2015, la superintendencia de subsidio familiar designó a la señora Martha Teresa Zuñiga Escobar como agente especial de intervención, en este caso en COMCAJA, de conformidad con una medida de intervención administrativa y suspensión en ejercicio de sus funciones. Habla también de una resolución la 392 del 7 de octubre de 2015 y que se dio el despido a partir del 20 de mayo de 2016, a pesar de que estaba a menos de 3 años para obtener los requisitos para la pensión de vejez. Por lo tanto, como consecuencia de estos argumentos, considera que tiene derecho a que se reintegre al cargo que venía desempeñando y que se le deben pagar todas las prestaciones sociales, legales y convencionales. Por su parte, la llamada a juicio se opone a las pretensiones de la demanda, en lo relacionado con el reintegro y el pago de las prestaciones sociales. Considera que la actora no estaba cobijada por la estabilidad laboral reforzada, indica que no acreditó el cumplimiento de los requisitos para ser considerada como pre pensionada, e indica también que su desvinculación fue soportada conforme a lo indicado en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, que le pago la correspondiente indemnización. Además indica que la demandante tiene acreditada más de 1300 semanas al momento de su retiro y que solamente le faltaba el requisito de edad, y que por tal motivo este presupuesto lo puede cumplir de manera posterior con o sin vinculación laboral. Considera que no cuenta la demandante con la calidad de pre pensionada o beneficiaria del reten social y tampoco cuenta con un fuero especial de estabilidad laboral reforzada, y propone una serie de excepciones de mérito en su defensa que denominó indebida notificación, irretroactividad de la norma, indebida acumulación de pretensiones. Bueno, con relación a los extremos laborales y al salario, encuentro que la parte actora pretende entonces que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la caja de compensación familiar campesina COMCAJA, a folio 34 está la certificación laboral donde se indica que la actora se vinculó en una serie de cargos que allí se indican mediante un contrato de trabajo a término indefinido; y estos contratos que se encuentran en la certificación son: como analista, desde el 9



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

de enero al 31 de diciembre de 1996, posteriormente del 1 de enero al 31 de enero de 1997, ocupó el cargo de coordinador de presupuesto, luego del 1 de enero de 1998 al 30 de septiembre del mismo año como jefe de sección presupuesto, del 1 de octubre de 1998 al 6 de marzo de 2003, como profesional especializado, del 7 de marzo de 2003 al 31 de marzo de 2004, como jefe del departamento de presupuesto, del 1 de abril de 2004 al 13 de junio de 2005 como jefe del departamento ejecutivo, del 14 de junio al 14 de diciembre de 2005 ocupó el cargo de jefe de departamento de contabilidad, del 15 de diciembre de 2005 al 4 de marzo de 2008 como jefe del departamento del nivel ejecutivo, del 5 de marzo de 2009 al 8 de enero de 2010 ocupó el cargo de subdirectora administrativa y financiera, y del 7 de febrero de 2011 al 3 de julio de 2014 aparece como asesora a nivel directivo, y hay un último contrato que va del 4 de julio de 2014 hasta el 20 de mayo de 2016 donde ocupó el cargo de gerente administrativa y financiero subnivel directivo. Es decir, hay una prestación personal que allí se acreditó del 9 de enero de 1996 al 8 de enero de 2010, y posteriormente otra vinculación que va del 7 de febrero de 2011 al 20 de mayo de 2016, hubo una interrupción. Por su parte, la sociedad demandada al contestar la demandada no se opone a las pretensiones argumentando que efectivamente la actora desempeñó varias labores y lo hizo en los extremos laborales indicados en la demanda, y frente al salario pues no existe discusión pues el último salario que aparece acreditado fue de \$10.445.221, primero es un hecho aceptado por la parte demandada y está certificado conforme aparece a folio 36, ese es el salario que se tuvo en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales. Entonces se encuentra probada la existencia de la relación laboral cuyo último contrato va del 7 de febrero de 2011, como se puede observar a folio 3 a 5 y empezó en ese cargo como asesora nivel directivo. Y la terminación, pues según la carta que aparece a folio 7 del expediente acaeció el 20 de mayo de 2016, esta viene firmada por el doctor Felipe Sánchez Luna que ocupa el cargo de director administrativo suplente de COMCAJA, allí le indican que termina la relación de manera unilateral y sin justa causa y se le indica también que las acreencias laborales le serán reconocidas. Encontramos entonces que la entidad demandada, la caja de compensación familiar campesina es una entidad atípica vinculada al ministerio de agricultura y por resolución número 0048 del 30 de enero de 2015 que aparece a folio 218 pues adopta una medida especial de intervención de COMCAJA, precisamente, y también como consecuencia de esa intervención se designó como agente especial de intervención a la doctora María Teresa Zúñiga Escobar y dentro de las obligaciones que tiene, está la de realizar los planes de mejoramiento, ajustarlos y debe también informar a la superintendencia de subsidio familiar las actuaciones que adelante. Sin embargo, el tema que nos interesa es verificar si hay lugar o no al reintegro que es el tema fundamental, el tema central. Encontramos según la prueba documental que a la demandante le fue terminado el contrato en forma unilateral y sin justa causa el día 20 de mayo de 2016 y ella considera dentro de sus argumentos y así lo estipula en su teoría del caso que se encuentra en una situación de pre pensionada, pues considera que al momento de terminar su relación laboral estaba a menos de 3 años para adquirir el derecho a su pensión. Por eso vamos a estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada, de personas próximas a



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

pensionarse, esto tuvo su origen en un desarrollo jurisprudencial de la corte constitucional, y son varias sentencias que profirió esta alta corporación, hay una sentencia de tutela la 229 de 2017 que señaló: “La estabilidad laboral ha sido concebida como la garantía que tiene el trabajador de permanecer en el empleo, a pesar de que su capacidad laboral se pueda ver disminuida por razones de índole psicológico o físico. En palabras de la Corte Constitucional, este derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: 1. el derecho a conservar el empleo; 2. a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; 3. a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; 4. a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz...”. Mas adelante, dijo la corte: Inicialmente esta prerrogativa se concibió para garantizar la permanencia en el empleo de las mujeres embarazadas, madres o padres de cabeza de familia, personas que padecen diversas enfermedades y afectaciones de salud o presenten algún tipo de discapacidad o invalidez, y los aforados.” Hasta ahí lo de la corte. Pero mas adelante, expuso: “Al respecto, la Corte en sentencia T 089 de 2009, precisa que la noción del pre pensionado comprende aquellas personas que laboran en entidades estatales en proceso de liquidación, dentro de los programas de renovación de la administración pública, a quienes les falten 3 años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión. Esta noción fue reiterada en la sentencia C 795 de 2009, cuando en su texto se precisa que tienen la condición de pre pensionados para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de la renovación de la administración pública “el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez...”. Y mas adelante indicó: con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales que se verían gravemente afectados por el retiro del empleo público. Por ende, la corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustente en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la administración pública. Siguió diciendo la corte: Al contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESESINA - COMCAJA**

estabilidad laboral de los pre pensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo...” Hasta ahí lo de la corte. Y en otra sentencia, en la T 638 de noviembre 16 de 2016, indicó la corte también que la aplicación del llamado reten social representa desequilibrio entre dos personas que si bien pertenecen a sectores diferentes constitucionalmente se encuentran en la misma situación y, por lo tanto, debe dársele el mismo trato. Por eso resalto que el derecho a la igualdad, al trabajo y a la seguridad social permiten extender este beneficio a quienes laboren para las empresas privadas, pues aunque no existiera una norma que determine la estabilidad laboral cuando son pre pensionados los valores y principios constitucionales no pueden pasarse por alto, dijo la corte. Dicha protección, pues la encontramos entonces en la ley 790 de 2002, y la corte constitucional amplió el alcance de la norma, extendiéndosele también a los empleos o a los empleados pre pensionables del sector privado, como lo indico en la sentencia que cité anteriormente. Y también, lo indicó especialmente en la sentencia T 357 de 2016, en esa nueva oportunidad la corte señaló que debía evaluarse la edad del empleado, por la facultad que tendría para ubicarse nuevamente en el mercado, obstaculizando su posibilidad de continuar realizando aportes a pensión, así como sus recursos económicos, limitando la terminación del contrato cuando el salario sea la única fuente de ingreso que este tenga o que sea el único ingreso que le garantice una vida en condiciones dignas. Es de anotar que desde el principio, habló la corte que era para aquellas personas que le falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicios, semanas de cotización, se requería entonces que le faltaren 3 años o menos para cumplir la edad y 3 años o menos para cumplir el tiempo de servicio. Las sentencias de tutela analizadas, pues como es de conocimiento público, solo tienen efectos entre las partes en litigio, mas sin embargo, mediante esa sentencia de unificación 003 de 2018, precisamente la corte constitucional vino a unificar la jurisprudencia constitucional en relación con el alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada, precisamente de los pre pensionados, señalando que si el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, habiendo cumplido el empleo con el requisito de semanas mínimas cotizadas, no habrá estabilidad laboral reforzada, puesto que se trata de un requisito que puede ser cumplido por el empleado con posterioridad con independencia de la existencia del contrato de trabajo. En esta oportunidad la corte declaró que el fuero de pre pensionados es diferente al reten social que aplica para entidades públicas, indicando que los pre pensionables son aquellos empleados del sector publico o privado que les falten menos de 3 años para consolidar su derecho a la pensión de vejez, hasta ahí entonces encontramos el estudio que ha hecho la honorable corte constitucional en sus diferentes intervenciones, y analizamos entonces la evidencia que tenemos en este proceso, y encontramos que la actora nació el día 19 de marzo de 1962, es decir, que a la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 20 de mayo de 2016 contaba con 54 años y 2 meses de edad aproximadamente, en otras palabras le faltaban 2 años y 10 meses para cumplir los 57 años de edad que los vino a cumplir el 19 de marzo de 2019. Con respecto a la ley 790 de 2002, la misma pues pretendió



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

el legislador proteger a los empleados estatales que pudieren ser en un momento dado vulnerables cuando entra en liquidación una empresa o cuando entra en liquidación alguna entidad, y en este caso pues, es para aquellas personas que estuvieren a solo 3 años de pensionarse pero con los alcances dados por la corte constitucional pues también se aplica a los empleadores particulares, y en este caso pues de acuerdo al estudio que se ha hecho pues hay un contrato de trabajo, el carácter de la demandante tiene entonces la condición de ser empleada particular. Y en este caso, entonces estaría dentro del rango de gracia de los 3 años que establece la corte constitucional, pues al momento del despido le faltaban menos de 3 años para pre pensionarse. Seguimos revisando las evidencias y encontramos la historia laboral expedida por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones que aparece a folio 14, y encontramos que la actora cotizó 1653 semanas hasta el día 30 de abril de 2016, es decir, cumplía con el requisito del tiempo de servicio, porque la edad la vino a cumplir con posterioridad de conformidad con los presupuestos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, hoy en día, pues ya cumplió con los presupuestos para adquirir el derecho pensional, pues ya cuenta con mas de 57 años de edad y pues con mas de las semanas exigidas que son 1300 semanas. Entonces, ya tenía cumplido el requisito de semanas o de tiempo de cotización, el requisito faltante pues era el de la edad. Por esa razón, nos vemos entonces en la obligación de dar aplicación al criterio consignado por la corte constitucional y por esa razón, dado que solamente le faltaba el requisito de la edad pues no se puede aplicar la garantía de estabilidad laboral que se pregona en las pretensiones de la demanda, pero además también se discute en este asunto y se pide se tenga en cuenta el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto considera que a un compañero de trabajo que responde al nombre de Juver Osorio si le dieron esa garantía de estabilidad laboral reforzada, precisamente por encontrarse en condición de pre pensionado, y que en esa condición le fue reintegrado un cargo, cargo que fue especialmente creado en la resolución AEI numero 030 del 13 de abril de 2018 y que dio como consecuencia de la realización de una conciliación ante una inspección de trabajo de Girardot, la prueba esta a folio 149. A folio 136 a 145 existe un acta de comité de conciliación y defensa judicial de la caja de compensación y allí encuentro que en ese momento analizó la condición planteada por ese trabajador y se analiza la situación especial. Ahora, existe efectivamente este derecho fundamental a la igualdad, pues lo consagra la constitución política, si la memoria no me traiciona el artículo 3, cuando establece: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibieran la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen, nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Y el estado protegerá especialmente a aquellas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que contra ella se cometan. Pero ese tema del principio fundamental a la igualdad también ha sido estudiado por la corte constitucional y ha dicho que es pregonable



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

solamente en aquellos individuos que tienen una igualdad de condiciones. Por eso nos vemos en la necesidad de analizar la situación de la demandante. Como ya lo dije, se pregona de personas que se encuentren en igualdad de condiciones y estas condiciones son en igualdad de edad, se debe verificar también en este caso, porque estamos hablando de pre pensionados, el tiempo de servicio que cada uno de ellos tuvo con la entidad correspondiente, se debe analizar el cargo, la formación intelectual y la situación económica. Y de entrada encuentro que no son iguales, no son similares las condiciones del trabajador con el de la demandante, y como no tengo otros elementos de juicio para o argumentos para efectos de confrontar esta situación, pues también ha de salir desfavorable esta solicitud, que fue consignada en los hechos 20 a 24 de la demanda. Ahora, la otra situación que se debe mirar y así lo obliga la honorable corte constitucional es la situación de la pérdida de capacidad laboral, sin embargo no está acreditado ninguna perdida de capacidad laboral de la demandante en este juicio que me obligue a estudiar ese hecho frente a la situación que se pregona. Hay otro tema que debo estudiar y es lo que tiene que ver con los beneficios de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 2015 a 2017, de junio de 2015 a junio de 2017, a folio 153 a 174 reposa la convención colectiva de trabajo vigente para la época de inicio y finalización del vínculo laboral, especialmente para la finalización del vínculo laboral, pero encuentro que no se entregó, no se allegó al expediente con la respectiva constancia de depósito, situación que le resta la validez y por lo tanto la vigencia del citado documento a la luz de lo dispuesto en el artículo 469 del código sustantivo del trabajo. Es de advertir que las convenciones colectivas cumplen una doble finalidad, primero, son fuente de derechos, y segundo, son también prueba dentro de un proceso, pero para su validez pues tiene que cumplir con todas las formalidades correspondientes, no basta con acreditar la existencia de la convención colectiva, sino también debe acreditarse la constancia de depósito. Ahora bien, en el hipotético caso de que se demostrara la existencia del depósito de estas normas, en cuanto a la calidad de beneficiaria de la actora de tales derechos, que en este caso son los consagrados en las citadas convenciones, tampoco se allegó prueba de que la demandante era, al momento de la terminación del vínculo, beneficiaria de esa convención colectiva, o que se le aplicara por extensión por estar vinculada al sindicato o este sindicato tener vinculada más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, conforme lo establece el artículo 38 del decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 471 del código sustantivo del trabajo. No obstante, encontramos en el artículo 6 de esa convención: campo de aplicación. Esta convención colectiva se aplicará a los trabajadores de COMCAJA afiliados al sindicato, actuales o futuros y a quienes adhieran a sus beneficios, cuando los afiliados al sindicato llegaran a exceder de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, sus beneficios se extenderán a todos los trabajadores estén o no sindicalizados. La parte demandada acepta que la actora estaba afiliada al sindicato sintracampesina conforme a la parte correspondiente que aparece en la contestación de la demanda. Por eso, en determinados casos podría ser viable los beneficios que consagra esta convención colectiva, como lo indica el numeral 6 de la citada convención. Sin embargo, hay otro aspecto que es necesario considerar, al revisar el contenido de la convención, allí solo se contempla el procedimiento de despido en caso



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

de falta disciplinaria, mas como lo indico la parte demandada, pues esta terminó el contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa y allí aparece que se reconoció las indemnizaciones de ley, conforme también lo indicado en la demanda por la parte demandante. Por lo tanto, no encuentro en la convención que se haya regulado algún aspecto referente al reintegro, en la forma pues que se reclama de las pretensiones de la demanda para efectos de ser analizada frente a la convención colectiva de trabajo. Así las cosas, pues las pretensiones consignadas en la demanda no alcanzan prosperidad. Y queda por resolver el ultimo problema jurídico, esto es, lo que tiene que ver con las excepciones. Las excepciones que presentó fueron indebida notificación, irretroactividad de la norma e indebida acumulación de pretensiones. Pues de acuerdo a lo expuesto a lo largo de esta providencia se hace inocuo hacer cualquier pronunciamiento sobre las excepciones propuestas como medio de defensa. Costas. Conforme lo establece el artículo 365 del código general del proceso, la parte que sale, a quien se resuelve desfavorablemente las pretensiones o se decide unas excepciones dependiendo el caso, debe asumir las costas procesales, por esa razón, vamos a ordenar que por secretaría se liquiden las costas procesales y se debe incluir al momento de la liquidación por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$2.000.000. Esto teniendo en cuenta lo dispuesto en el acuerdo 1883 de 2003 y 10554 de 2016 emanados del consejo superior de la judicatura, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 365 del código general del proceso. Consulta. Hay lugar a conceder el grado jurisdiccional de consulta, para que esta decisión sea revisada por el honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en su sala laboral, por salir adversa a los intereses de la señora demandante que es la trabajadora demandante. Decisión. En mérito de lo expuesto el juzgado 30 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, resuelve:”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora señaló:

“Bueno, entonces presentamos recurso de apelación. Entonces, muy brevemente voy a exponer los argumentos por los cuales consideramos que esta decisión debe ser revisada. Lo primero es que si bien como lo afirmaba el mismo juzgado en su decisión, el reten social es una situación totalmente diferente a la general de la pretensión, el reten social si está consignado en la ley, no es un desarrollo jurisprudencial, y ya argumentamos que esta caja de compensación es una entidad pública que está en proceso de reestructuración y que por lo tanto se le aplicaba la ley no la jurisprudencia como se trató de hacer o como se hizo en el fallo de primera instancia. Pues termino aplicándosele una tutela del año 2018 a un proceso que era del 2016, lo cual en nuestro sentir, se está violando también el debido proceso, pues las normas que existían en la época en la jurisprudencia que existía en la época, daban cuenta de que la protección de reten social, incluso la de los pre pensionados



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

era que le faltara 3 años para reunir los requisitos de pensión. Entonces, eso en primera instancia. Entonces, nosotros creemos que si tenía derecho al reten social, la doctora Alba Daisy y que se debía respetar sus derechos y dejarla vinculada hasta que se pensionara, que hay una protección constitucional reforzada frente a ella. Ahora, cuando se analizó el tema de la igualdad por el juzgado, dice que no había herramientas de juicio para decidir sobre si eran iguales o no eran iguales, y que le parecía que si que no eran como iguales, porque le parecía que había una persona que tenía algo relacionado con su formación. Pues la verdad es que dentro del proceso en las pruebas, se acreditó fehacientemente que la situación era exactamente igual en lo sustantivo, en primer lugar, le faltaban a esta persona un tiempo para pensionarse, y en segundo lugar ya había cumplido las semanas de cotización, igual caso que el que Alba Daisy brilla para estos efectos. De manera que probada las dos circunstancias esas personas son iguales, obviamente son personas distintas, y no porque sea más preparado o menos preparado tiene más o menos derechos laborales, porque también las personas preparadas pueden reclamar derechos laborales. Ahora, de otro lado, el juzgado desafortunadamente no tomo en cuenta una prueba que era fundamental y que es el reconocimiento expreso que hace la parte demandada, la caja de compensación familiar, al presentar el estudio para reestructurar la caja que le presentó al gobierno nacional, lo presentó la junta directiva, representada por el agente especial de intervención de la superintendencia del subsidio familiar y el director propiamente de la caja de compensación. En el que se manifestaba que esta entidad era una entidad pública, que entonces se le aplicaba el retén social y detalló las personas que tenían derecho al reten social y allí se establece el nombre de Alba Daisy Perilla y esta prueba no fue tenida por el juzgado, de manera que si uno cree que los contratos de trabajo se rigen por la buena fe, pues esa eran las condiciones en que el contrato se venía llevando a cabo. Si la buena fe no es suficiente en las relaciones laborales, de todas maneras, uno creería que por manifestación expresa de la caja, habría una duda por lo menos, aunque parece que era certeza que si tenía derecho al reten social la doctora Alba Daisy, pues si hay alguna duda el derecho de la favorabilidad que está en la constitución política y está en las leyes laborales, abogaría porque se le de la razón a la doctora Alba Daisy. Entonces, tanto por el principio de igualdad como por la favorabilidad y la buena fe en las relaciones laborales, creemos que se debe aplicar que la decisión debe estar en favor de la demandante y tendría derecho a estabilidad laboral reforzada. En cuanto a la convención colectiva en verdad si como ya lo reconoció la parte, existe la convención, pues eso es un medio de prueba, al fin y al cabo es un hecho que reconoció la parte demandada y aceptada por la parte pues entonces ya debemos acreditar que esa convención se debe aplicar en ese caso y esa convención colectiva también trae el principio de favorabilidad y como lo indicó el fallo de primera instancia, esa posibilidad de terminar las relaciones laborales no estaba contemplada en esa convención. Ahora, resulta que se habla cuando se habla de la diferenciación entre una y otra persona, se hizo alguna mención al grado de preparación pero también algo así como el sostenimiento, la capacidad de pago, tal vez la capacidad económica o la tenencia de algunos bienes de la demandante, resulta que en este caso si tenemos que hacer claridad que esos



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

requisitos de necesidad o de apremio que tengan las personas, se consideran en las fauces de la acción de constitucionalidad, aquí estamos hablando es del derecho laboral, en que se le violó la ley a una persona al despedirla estando protegida constitucionalmente, o sea que los temas económicos y las capacidades económicas, las intelectuales o no, vienen a ser irrelevantes, lo que reitera de nuevo la necesidad de que el test de igualdad se de en favor de la demandante en este caso. Ahora, resulta pues un poco sorprendente esta decisión, no solo por la decisión misma y por lo que hemos dicho, si no porque además la persona desprotegida, una persona le prestó sus servicios, que le prestó sus servicios a la empresa durante toda su vida y cuando estaba ad portas de pensionarse la echa, entonces ahora además el juez de primera instancia la sanciona con una multa pecuniaria que pues dará al traste con sus ingresos y su forma de sostener, ahí si dará el traste con sus posibilidades económicas. Entonces, pues me parece que es un poco exagerada también la multa o las costas que se impusieron en este caso, por lo tanto, solicitamos o que sean reducidas al mínimo posible o que desaparezcan. En estos términos creo haber expuesto los principales argumentos por los cuales se presenta la apelación. Muchas gracias su señoría”

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandada, y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., aborda la Sala el estudio del mismo, encontrando que se limita a establecer si en el presente caso, procede el reintegro de la actora al cargo que ocupaba al momento de su despido en calidad de prepensionada.

De conformidad con el resumen que antecede, se encuentra que no existe discusión en el presente proceso, en cuanto a la existencia de la relación laboral, así como sus extremos y salario, hechos éstos que fueron aceptados por la demandada en su escrito de contestación y que además con corroborados con la documental allegada al plenario como lo es, la certificación visible a folio 34 a 37, en la que se indica que entre las partes existieron 2 relaciones laborales a término indefinido, la primera desde el 9 de enero de 1996 hasta el 18 de enero de 2010 y la segunda desde el 7 de febrero de 2011 y hasta el 20 de mayo de 2016. Que la última relación laboral fue terminada de manera unilateral y sin justa causa, por parte del empleador y que para dicha data la actora tenía el cargo de GERENTE ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO y devengaba un salario básico mensual de \$10.445.221,00.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

Teniendo en cuenta que la parte actora solicita el reintegro de la actora, en calidad de pre pensionada, por cuanto alega que a la fecha de la terminación del vínculo le hacía falta menos de 3 años, para adquirir si estatus de pensionada, es necesario señalar que, tal y como señaló el Juez, la condición que invoca la parte actora, esto es la de pre pensionado que daría lugar al análisis de la pretensión esto es la de reintegro, surge de cumplimiento de los requisitos para que se pueda tener como tal, explicados en la sentencia citada por el Juez de manera clara, esto es la SU 003 de 2018, que, aunque referida a empleados públicos, para los que, dicho sea de paso, fue para quienes en un primero momento se habló de esta protección; aplica también en este caso cuando se trata de un trabajador cuyo contrato regula el CST.

Allí efectivamente la Corte señaló:

“(....)”

Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

De manera que se equivoca el recurrente cuando insiste en esa condición de la actora, ya que si bien, como lo indica, la sentencia de unificación antes mencionada data del año 2018, esto es, con posterioridad a la fecha de la terminación del vínculo, no es menos cierto, que este criterio venía siendo manejado por la H. Corte Constitucional, como por ejemplo en la sentencia T-972 del 2014, en la que debía decidir acerca de la solicitud de reintegro de una exservidora pública, de libre nombramiento y remoción, que ejercía un cargo directivo en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que se había



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA

desconocido la figura de “prepensión” como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia.

El problema jurídico que resolvió la H. Corte fue “*¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de una empleada pública, nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nominador de la entidad pública a la cual se encontraba vinculada, la declara insubsistente argumentando razones de confianza?*”. Para su resolución, la Corte consideró, al analizar si la desvinculación del cargo le ocasionaba un perjuicio irremediable, lo siguiente: “*De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza; **y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que para la fecha del retiro la accionante tenía laborados y cotizados más de 26 años, quedándole pendiente solo el cumplimiento de la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada.** Con ello desaparece la urgencia de la protección de los derechos invocados por vía de tutela*”. Negrilla fuera de texto.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que, si bien la Sentencia de unificación fue expedida con posterioridad a la terminación del vínculo de la actora, no es menos cierto que con la misma se unificaron los diferentes criterios relacionados con este tema, entre los cuales, como ya se evidenció se encontraba el acogido por el Juez de Primer Grado.

Ahora bien, en cuanto a la violación al principio de igualdad, esta Colegiatura encuentra que el Juez de primera instancia, tampoco se equivocó en este aspecto, ya que si bien la parte actora señala que al señor YUBERTI OSORIO ORTIZ, si le fue reconocida su calidad de prepensionado y éste se encontraba en las mismas condiciones de la actora, lo cierto es que dicha afirmación no se encuentra demostrada en el curso del proceso, ya que no hay constancia de que efectivamente, la demandante, se encontrara en idénticas circunstancias que el señor OSORIO ORTIZ.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

Lo anterior, como quiera que ya que, en el caso, el señor OSORIO ORTIZ, demostró ante la entidad demandada que con la terminación del vínculo se afectaba su mínimo vital y el de su familia, ya que es hijo único y en consecuencia el único sustento de su señora madre quien era una persona de la tercera edad, circunstancia que evidencia que, contrario a lo señalado por el recurrente, no se encontraban en idénticas circunstancias.

Finalmente y en cuanto al principio de favorabilidad establecido en el art. 4 de la Convención Colectiva de Trabajo, es claro que dicho artículo consagra el principio de favorabilidad, en caso de duda sobre la aplicación de la convención colectiva o la interpretación de una norma, circunstancia que no es la que nos ocupa, ya que tal y como lo señaló el Juez de Primer Grado, no se encuentra que en la misma se haya regulado algún aspecto referente al reintegro, en la forma pues que se reclama de las pretensiones de la demanda.

Por todo lo anterior, y sin mayores razonamientos por innecesarios, se habrá de confirmar la decisión impartida por el Juez 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, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

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.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 30 2018 534 01 Dte: ALBA DELCY PERILLA
ENCISO Ddo.: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA - COMCAJA**

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. 29-2018-302-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO

DEMANDADO: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE LIQUIDADADA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de noviembre de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARJA LA PREVISORA S.A.

DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones EICE CAPRECOM Liquidado, entre el 3 de septiembre de 2012 y el 30 de agosto de 2015, en calidad de trabajadora oficial; que es beneficiaria por extensión a terceros de la convención colectiva de trabajo 1997-1998 y 2012-2013 celebradas entre CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM, como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de vacaciones, cesantías, primas convencionales de junio, navidad y vacaciones auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, la devolución del valor de los aportes efectuados al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, indemnización moratoria del Decreto 797 de 1949, indexación correspondiente y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que la demandada contrato sus servicios por medio de varios contratos de prestación de servicios, que a diferencia de los demás contratos, con fecha 1 de septiembre de 2015 la demandada suscribió con la demandante uno nuevo a término indefinido, como trabajadora oficial, vínculo laboral del que dice estuvo vigente hasta el 09 de mayo de 2016, recibiendo como remuneración la suma de \$3.942.707, que respecto a ninguna de las contrataciones ha mediado solución de continuidad, que siempre el cargo ejercido por ella correspondió al de profesional para el proceso de referencia y contra referencia para la territorial Bogotá; que a partir del 1 de septiembre de 2015 si le fueron cancelados la totalidad de los derechos laborales, legales, convencionales y de seguridad social; que de manera general, las funciones desarrolladas correspondían a la verificación y ajustes de la aplicación de autorizaciones; que prestó sus servicios en las oficinas de Caprecom EICE en el horario de lunes a viernes de 7 de la mañana a 5 de la tarde, pero que también se le obligó a prestar sus servicios en horarios nocturnos, sábados y domingos; que la demandada fue quien entregó a la actora para el desempeño de sus labores las herramientas necesarias para ello; que los jefes eran personal de planta de la entidad; que a los trabajadores oficiales se les reconocían de igual manera las prestaciones extra legales y convencionales; que SINTRACAPRECOM es una organización sindical de carácter mayoritario; que durante la vigencia de todos los contratos



de prestación de servicios jamás le fueron reconocidos derechos laborales legales ni convencionales, y que agotó la reclamación administrativa el 1 de marzo de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó únicamente los enlistados en los numerales 18, 26 y 29 correspondientes a al pago de derechos laborales legales y convencionales a partir del 1 de septiembre de 2015; al reconocimiento de las prestaciones convencionales que la entidad hacia a los trabajadores oficiales, y a la reclamación administrativa del día 1 de marzo de 2018; y manifestó no constarle la conformación del sindicato. Como excepciones de mérito formuló las que denominó pago total, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral y contrato de trabajo, cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, mala fe e indebido agotamiento de la reclamación administrativa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes y condenó a pagar a favor del demandante sumas de dinero por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones, de servicios y navidad y vacaciones; por concepto de beneficios convencionales condenó al pago de la prima convencional de junio y de navidad, auxilio convencional de transporte y prima convencional de retiro; a la indemnización moratoria en cuantía de \$59.196.210, a la devolución de aportes en el porcentaje que correspondió a la demandante, costas en cuantía de \$5.000.000, y absolvió de lo demás.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Que la existencia del contrato de trabajo debe mirarse bajo los presupuestos del Decreto Reglamentario 2127 de 1945 que señala en el artículo primero que, se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y patrono en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero a ejecutar una o varias labores, a prestar un servicio intelectual o material en beneficio del segundo y bajo su continua dependencia, y el último a pagar cierta remuneración; artículo 2, que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren los tres elementos: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la dependencia del trabajador respecto del patrono que otorga a éste la facultad de imponer un reglamento, de dar órdenes, y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada y no instantánea y no simplemente ocasional, y el salario como retribución del servicio y artículo 3, que una vez reunidos los elementos de que trata el artículo anterior el contrato de trabajo no deja de serlo en virtud del nombre que se le da, ni de las condiciones peculiares del patrono ya sea persona jurídica o natural, ni de las modalidades de la labor, ni del tiempo en que su ejecución se invierte y del sitio donde se realice, así sea el domicilio del trabajador ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie, o la simple enseñanza, o del sistema de pago o de otras circunstancias cualesquiera.

Que hay que tener lo expresado por la jurisprudencia, C-154 de 1997, expediente 1430, donde se indica lo siguiente: como es sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes, en efecto para que aquel se configure se requiere la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, en cambio en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente, desarrollada puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, que del análisis de las dos modalidades contractuales, se tiene que los elementos son diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos, como por la naturaleza y objeto de los mismos, que en síntesis el elemento de subordinación o dependencia es el elemento que determina la diferencia del contrato laboral, frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que, quien celebra un contrato como el de la norma acusada no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales, a contrario sensu, en el caso que se acredite la existencia de un trabajo subordinado y dependiente, consistente en la actitud por parte de la administración de impartir órdenes a quien preste el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación del horario de trabajo para la prestación del servicio se tipifique el contrato de trabajo, con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independientes.

Que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de julio de 2004, manifestó que: ...reiterar lo que ha expresado esta Corporación en cuanto a que la sola presencia en el proceso de los contratos celebrados por la accionada con fundamento en la figura nominada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no descarta de plano la existencia de un contrato de trabajo, así como tampoco, se permite sostener que, por esa sola circunstancia, tal deducción sea una equivocación protuberante.

Que en efecto no es materia de discusión que entre los contratos que la ley califica como administrativos que pueden celebrar las entidades oficiales se encuentre el de prestación de servicios, pero el hecho de estar consagrado este contrato no se deriva la facultad de utilizarlo cuando se trata de relaciones laborales, puesto que en todos los casos en que los servicios personales al estado o a una entidad descentralizada en los que la participación directa o indirecta de aquel sobrepasa los porcentajes indicados en la misma ley son prestados por un ser humano de manera subordinada, está ante una relación de trabajo gobernada por una relación legal y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

reglamentaria o mediante un contrato de trabajo de acuerdo con lo que determine la constitución política o la ley cuando ella directamente no lo establece.

Quiere decir lo anterior que, cuando por razones del servicio sea necesario vincular a alguien para la ejecución de una labor de carácter permanente del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, vale decir una de las funciones que deben ser cumplidas siempre y no de manera transitoria, deberá el nominador de acuerdo con lo que disponga la ley, nombrarlos previo concurso de manera libre para quienes no son de carrera administrativa o deberá celebrar con ellos el patrono un contrato de trabajo, lo que resulta notoriamente improcedente e ilegal es acudir al contrato administrativo de prestación de servicios para encubrir una relación de trabajo, la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral no es una novedad de la actual constitución política sino un principio protector del trabajo humano subordinado que desde antes de 1991 tenía expresa consagración legal y pleno reconocimiento por parte de la jurisprudencia.

De acuerdo con la jurisprudencia el elemento que diferencia a un contrato de prestación de servicios a uno de carácter laboral, tanto en el plano privado como en el sector público como este caso es la subordinación de la cual en la sentencia C-386 de 2000, que aplica indistintamente para los contratos particulares u oficiales porque habla de lo que significa la subordinación (...).

Que, de acuerdo con las normas y jurisprudencia citada, el Despacho entra a valorar las pruebas para determinar si se trató de un contrato de trabajo; que a folio 18 a 80 se aportó certificados y planillas de aportes al sistema de seguridad social efectuados por la demandante entre los años 2012 y 2015, ordenes de prestaciones de servicios correspondientes a los contratos suscritos entre las partes, certificación expedida por caprecom en la cual se indica que la demandante prestó sus servicios a partir del 28 de septiembre de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, como profesional analista con el pago de honorarios, siendo el primero el contrato OPSOR11129 del 1 de abril al 31 de mayo de 2012; que revisadas las pruebas las mismas apuntan a la existencia de un contrato de trabajo, que a pesar de haberse suscrito contratos de prestación de servicios se pudo establecer que siempre se prestó el servicio a caprecom, que se aportó prueba que indica la subordinación de la demandante, respecto de su empleador no solo porque tenía que cumplir un horario y atender las tareas encargadas por la demandada, sino que estaba sujeta al poder disciplinario del empleador; en lo que tiene que ver con la prueba testimonial merece plena credibilidad al juzgado como quiera que no fue tachado o controvertido por la demandada, siendo los testigos conocedores de los hechos por haber laborado en la misma dependencia que la demandante, quien no gozaba de autonomía propia de un contratista independiente, vinculado mediante contrato de prestación de servicios, sino por el contrario su trabajo estaba sujeto a las órdenes impartidas por su jefe inmediato, cumpliendo un horario y jornada de trabajo establecida, que la labor la desempeñaba en las dependencias de la demandada y con los implementos suministrados por dicha entidad, que cuando necesitaba ausentarse debía solicitar permiso, que las funciones las desempeñaba de forma permanente y sin interrupción, y que se pone de presente la existencia del elemento de subordinación, propio de los contratos de trabajo y el cual no se desvirtúa con la simple firma de los contratos de prestación de servicios, en virtud del principio de primacía de la realidad respecto de las formalidades por lo que se concluye que la demandante estuvo vinculada por medio de contrato de trabajo y tenía el carácter de trabajadora oficial y que el empleador en su momento era caprecom hoy liquidado; que existió una verdadera relación de trabajo regida por un contrato de trabajo del 1 de abril de 2012 al 31 de agosto de 2015 devengando como último salario la suma de \$3.502.734, que no hay un interregno grande entre la firma de uno y otro contrato, que además la prestación del servicio se demuestra ininterrumpida; que sobre las condenas pretendidas para cuya cuantificación se debe tener en cuenta la excepción de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

prescripción propuesta por la demandada; que la reclamación administrativa fue elevada por la parte demandante el 1 de marzo de 2018 y la demanda fue presentada el 8 de junio de 2018 folios 9 a 12 y 94, que serán susceptibles de prescripción los derechos causados con anterioridad al 1 de marzo de 2015, que entonces se procede a cuantificar las acreencias laborales adeudadas a la demandante por cesantías \$2.384.489 intereses a las cesantías \$119.224 vacaciones \$2.918.945, que lo referente a prima de vacaciones como quiera que no aparece acreditado que la demandante haya disfrutado de vacaciones se condenará a pagar la suma de \$1.168.400 de conformidad con los artículos 8 y 25 del Decreto Ley 1045 de 1978; que la prima de navidad y prima de servicios de acuerdo al artículo 32 del referido decreto que dice: los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de navidad, respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes de salario que corresponde al cargo desempeñado al 30 de noviembre de cada año, se pagará en la primera quincena del mes de diciembre y que cuando no se haya servido durante todo el año se tendrá derecho en proporción al tiempo laborado que corresponde a la suma de \$4.135.122; que los derechos de carácter convencional existe convención colectiva entre esa entidad y sintracaprecom folios 37 a 43 ampara a todos los trabajadores incluso a la trabajadora, la cual contiene el sello del depósito requisito indispensable para que valga como prueba dentro de un proceso, se tendrá como prima convencional de junio \$1.751.367, prima convencional de navidad \$583.789, auxilio convencional de transporte \$444.000, prima convencional de retiro \$7.005.468; teniendo en cuenta que la demandante efectuó las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, se condenará a la demandada a devolver que por ley debe efectuar el empleador al sistema de seguridad social; sobre las pretensiones hechas por el apoderado de la parte actora en los alegatos de conclusión, relacionada con la indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías, y el plazo presuntivo por la terminación del contrato de trabajo el despacho señala que éstas pretensiones no fueron elevadas en la demanda por lo que no habrá ningún pronunciamiento; finalmente con lo que tiene que ver con la indemnización moratoria la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no se prueba la buena fe de la demandada, que la demandada no fue la empleadora de la demandante y que si bien hay lugar al pago de que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 que es el que se aplica para los trabajadores oficiales, se condenará hasta la fecha en que se liquidó la entidad empleadora, que esta norma a diferencia de los establecido en el artículo 65 del C.S.T. que se aplica para trabajadores particulares, consagra un periodo de gracia es decir tres meses después de la terminación del contrato de trabajo, sino se cancela empezará a contarse el término de moratoria a partir del 1 de diciembre de 2015 y hasta la fecha en que fue liquidada caprecom, es decir, hasta el acta final de liquidación que lo fue el 17 de enero de 2017, para una suma de \$59.196.210; ordenará que las sumas objeto de condena sean indexadas al momento de su pago condenando en costas a la demandada, y se señalaran como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

APELACION

DEMANDADA

Solicita la apoderada al Tribunal: se modifique el extremo inicial que se condenó de la relación laboral, en razón a que se encontró demostrado que la parte demandante firmó



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

contrato de prestación de servicios a partir del mes de septiembre de 2012 tal y como se observa en el contrato ONO137 27 del 2012 no como erradamente lo señalan en primera instancia que lo fue a partir del 1 de abril, por otro lado, circunstancias que conlleva a que las condenas se modifiquen que se originaron; que de igual, manera solicita se verifique el fenómeno de la prescripción teniendo en cuenta lo anterior; que respetuosamente, se desconocieron las pruebas documentales reconocidas en juicio que, claramente excluyen la existencia de la relación laboral, que se encuentra probado documentalmente que, existió una vinculación por medio de órdenes de servicio con la extinta caprecom y que los mismos tenían fecha de inicio y de fin conocida de antemano por la parte demandante; que las órdenes de prestación de servicios estaban conforme la Ley 80 de 1993 aplicable al caso, permite a las entidades públicas la contratación de actividades, que no puedan realizarse a través de personal de planta o que requieren de conocimientos especializados, y que es por ello, que la extinta caprecom al no contar con el personal de planta ha efectuado este tipo de contratación. Que resulta evidente que la demandante pretende que se desconozca su vínculo como contratista al igual que su naturaleza jurídica y que esto sea equiparado a un contrato laboral, a pesar que se aprobó con certeza, la clase de vinculación por medio de órdenes de servicios, que de los testimonios recaudados, ninguno fue exacto respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que en caso que no prospere la anterior petición y se confirme la existencia del contrato de trabajo, solicita se revise los valores liquidados, en atención al primer punto señalado respecto a la primera fecha que se tomó como extremo inicial de la relación laboral.

Que, en relación con los derechos convencionales, dado que documentalmente no existe prueba que la convención colectiva tenga depósito ante el Ministerio del Trabajo o que la misma fuera extensiva a todos los trabajadores.

Que en lo atinente a la condena por sanción moratoria solicita se desestime, porque si bien se condena a la existencia del contrato realidad, ello no trae como consecuencia inexorable la imposición de la sanción moratoria, pues la misma está supeditada a demostrar la mala fe del empleador, situación alejada de la realidad de lo probado en el proceso teniendo en cuenta el manto de legalidad de las actuaciones de la entidad demandada y específicamente, en la contratación realizada entre caprecom y la parte accionante, en razón a que fue en cumplimiento de la Ley 80 de 1993.

Que tal como lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de julio de 2009 radicado 36821 donde se colige que se encuentra el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 una presunción de pago automático de la sanción moratoria ya que le corresponde a quien argumenta la mala fe probarla, por ello, el artículo 177 del C.P.C. establece que la carga corresponde a la parte interesada, es decir, que le correspondería a la parte demandante demostrar las actuaciones indebidas y de mala fe de caprecom, situación que no ocurre en el presente caso.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, puntos de inconformidad a saber: **i)** Sea modificado el extremo de la relación laboral para que lo sea a partir del mes de septiembre de 2012 y no de abril de igual año, que en caso que se confirme la decisión en tal sentido, sean modificadas las condenas impuestas; **ii)** Se revise la prescripción; **iii)** Que se revisen los documentos que permiten dar cuenta que no se dio una relación laboral, sino un vínculo por medio de órdenes de servicios, por así permitírsele la Ley 80 de 1993; **iv)** Que, en relación con los derechos convencionales, dado que documentalmente no existe prueba que la convención colectiva tenga depósito ante el Ministerio del Trabajo o que la misma fuera extensiva a todos los trabajadores; y, **v)** Se revoque la condena de la sanción moratoria, solicita se demuestre la mala fe del empleador, que no fue probada en el proceso, ya que el actuar de la demandada fue cumplimiento de la Ley 80 de 1993, para lo cual solicita se tenga en cuenta el presente de la sentencia la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de julio de 2009 radicado 36821.

En primer lugar, valga recordar que, conforme el artículo 12 de la Ley 314 de 1996, es que en este caso puede inferirse sin lugar a dudas que, la demandante laboró para la extinta CAPRECOM en calidad de trabajadora oficial, norma que reza lo siguiente:

Artículo 12. Clasificación de los servidores Públicos de Caprecom. Quienes desempeñan los cargos de Director General, Secretario General, Directores Regionales, y Jefes de División, serán empleados públicos. Los demás servidores públicos vinculados a la planta de personal existente a la fecha de promulgación de la presente ley, pasaran a ser trabajadores oficiales. (Subraya el Tribunal)

En efecto, en el caso de la actora por mandato legal y conforme a su cargo y funciones le correspondía tal calidad de trabajadora oficial, y en tal orden de ideas, le resultaba aplicable lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1945, para indicar con ello que, le correspondía a la entidad demandada destruir



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 20 *ibidem*, al señalar la promotora que las actividades las realizó de forma personal.

Quiere decir lo anterior que, a pesar de la existencia de contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios, éstos por si mismos no permiten acreditar que el propósito de esa contratación era propiamente para los fines del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sino que también era necesario acreditar por parte de la entidad, que los servicios prestados por la demandante se desarrollaron con autonomía e independencia.

Es así que, el artículo 1° del Decreto 2127 de 1945 dispone:

Artículo 1°. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y éste último a pagar a aquél cierta remuneración.

Que si bien, de la documental arrojada junto con la demanda no se logra colegir las condiciones en cita, de los testimonios de las señoras Nohora Milena Rincón Pardo y Leidy Lorena García, si es posible concluir la continua dependencia y subordinación de la demandante con la extinta CAPRECOM, declaraciones que fueron analizadas por el Tribunal, encontrando que sus dichos resultan coincidentes en afirmar que fueron compañeras de trabajo, que había personal de planta que desempeñaban las mismas funciones que la promotora, que ésta laboraba de 8 de la mañana a 5 de la tarde sin especificar los días a la semana, que tenían control biométrico para controlar horario de entrada y salida, que a veces los jefes les llamaban la atención por llegadas tardes independientemente que estuvieran con un contrato de prestación de servicios, que fue continua la contratación, que tuvo como Jefe a la señora Andrea Moreno, Beatriz Álzate, Carmen Helena Guerrero; que dentro de las funciones tenía la de hacer autorizaciones, referencia y contra referencia, que el trabajo se lo asignaban los jefes, que lideró un grupo de autorizaciones, que las herramientas de trabajo y su mantenimiento eran suministradas por caprecom, que Manuel Sierra de Caprecom era quien manejaba el programa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

“íntegra”, persona que era de planta de la entidad, que a su vez también era jefe de la actora; que la demandada era quien asignaba usuarios y claves de acceso a las herramientas ofimáticas.

Así las cosas, las anteriores declaraciones testimoniales para el Tribunal revisten plena credibilidad, pruebas que además de ser pertinentes y conducentes, no fueron opacadas por otros medios de convicción por parte de la demandada, por ende, al no poder desvirtuar que la labor de la actora se cumplió en condiciones de continua dependencia y subordinación, la juez de instancia no tuvo otro camino que declarar la existencia de la relación laboral regida por un contrato de trabajo.

También cabe resaltar que, tal como lo ha indicado la jurisprudencia laboral (SL3575-2020) el cumplimiento de horario, ya de por sí, es un indicativo de la presencia de una relación laboral, como en efecto quedó acreditado en el presente caso, en donde incluso se dijo por parte de las deponentes que la entidad tenía un sistema biométrico de acceso y salida del personal, al cual también tenían que someterse, al igual que ellas, la demandante, situación que impide inferir autonomía e independencia de la demandante en el cumplimiento de sus funciones.

Por otro lado, es importante anotar que, del interrogatorio de parte a la demandante no se observa que ésta hubiese confesado situaciones que favorezcan a la demandada en el sentido que su trabajo lo realizó sin mediar la supervisión de ésta última, es decir, con autonomía e independencia, por ende, resulta palpable la relación de trabajo de la demandante con caprecom, diferente a los supuestos de hecho del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Ahora, teniendo en cuenta que para la Sala también resulta evidente la existencia del contrato de trabajo, procede estudiar ahora la inconformidad relativa al extremo inicial de la relación de trabajo, puesto que en el recurso se insiste que la misma corresponde al mes de septiembre de 2012 contrario al mes que fue declarado en la sentencia de primera instancia, esto es, abril de igual año.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Téngase en cuenta que el recurso no ataca el año inicial de suscripción del contrato, es decir, que, aunque se acepta que la contratación inició en el año 2012, de todas maneras, el reproche se funda en que lo fue a partir del mes de septiembre y no de abril como lo consideró la juez de instancia, punto en el que le asiste razón a la demandada, en tanto que, si se revisa detenidamente el plenario, no se observa algún medio probatorio que sea puntual sobre el inicio de la relación laboral en alguno de los meses referido por las partes.

En ese orden de ideas, no puede perderse de vista que, las pretensiones y los hechos de la demanda coinciden en que, la prestación del servicio inició en el mes de septiembre de 2012, ahora, la juez en las motivaciones menciona el contrato que se relaciona en el hecho 3° de la demanda, esto es el “contrato de prestación de servicios OR11-129-2012”, en el que, a su vez, se informa lo siguiente:

3.1. La prestación del servicio inicio el 01 de abril de 2013

3.2 La vinculación formal lo fue hasta el 31 de mayo de 2013

3.3. La asignación mensual ascendió a la suma de \$2.406.157

Por consiguiente, es clara la confusión en que incurrió la juez a quo, que por el hecho que al interior de la nomenclatura del contrato la parte actora en su demanda refiera el número 2012, lo descrito para el mismo corresponda a ese año, si precisamente se expresa que tanto la prestación del servicio y la vinculación lo fue para el año 2013, es decir, que se incurrió en una indebida valoración probatoria, dando pasó así a la prosperidad del recurso en tal sentido.

En conclusión, de conformidad con los términos del recurso, el tenor literal de la pretensión 1.1 (fl.81), y el hecho 2.1. de la demanda, la Sala modificará el extremo inicial de la relación laboral, para indicar que, la relación de trabajo tuvo lugar a partir del día 03 de septiembre de 2012, y no como se declaró, el 1° de abril de igual año.

Ante la prosperidad del recurso en lo pertinente a la modificación del extremo inicial, se pide al Tribunal que también sean modificadas las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

cuantías de las condenas teniendo en cuenta dicha variación, así mismo, que se revise la prescripción en el presente asunto.

Para ello por razones de orden metodológico, se revisará el fenómeno prescriptivo y luego, se analizará si hay lugar a re liquidar las condenas.

Se tiene entonces que, la finalización de la relación laboral fue declarada para el día 31 de agosto de 2015, que la reclamación administrativa tuvo lugar el 1° de marzo de 2018, y que la demanda fue presentada el día 8 de junio de 2018, siendo entonces razonable que prescripción fuera declarada de manera parcial respecto de los derechos laborales causados con anterioridad al 1 de marzo de 2015, por ende, cobijó conceptos que se encontraban dentro del término trienal conforme los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

En tal orden de ideas, no hay lugar a modificar el valor de las condenas al no operar una prescripción parcial más favorable a la demandada, o incluso total, a lo que debe agregarse que, ante la procedencia en el presente caso del fenómeno extintivo, en nada afecta el hecho que por parte del Tribunal se declare como fecha inicial de la relación de trabajo, ya no el mes de abril sino el de septiembre de 2012, y en todo caso, esa data no es posible tenerla en cuenta dentro de la cuantificación de las condenas, puesto que para dicho momento, se reitera, ya se encontraba prescrito el derecho.

En cuanto los derechos convencionales, señala el recurso que, documentalmente no existe prueba que la convención colectiva tenga depósito ante el Ministerio del Trabajo o que la misma fuera extensiva a todos los trabajadores, considera la Sala que no le asiste razón, ya que contrario a lo afirmado de acuerdo con el artículo 22 del instrumento sindical y con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL13384-2014 del 1 de octubre de 2014, los beneficios convencionales también pueden ser extensivos a ex trabajadores oficiales, puesto que acorde a su criterio, *“las cláusulas que consagran beneficios en los mismo o similares términos a los establecidos en la ley, no pierden vigencia por el solo hecho que ésta haya sido derogada o modificada, así el acuerdo haya hecho expresa referencia al texto legal”*.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

El criterio anterior, se encuentra acorde y en sintonía con el contenido de la cláusula 22 de la convención colectiva (fl.35) el cual señala que: *“En el evento en que se disuelva o liquide CAPRECOM, las indemnizaciones a los trabajadores oficiales, serán tramitadas en los términos más favorables que establezcan la legislación laboral con la experiencia más cercana de entidades del Sector Oficial del Orden Nacional,* y en tal orden de ideas, nada obsta para que la demandante no sea beneficiaria de las prerrogativas convencionales.

Por último, se busca sea revocada la condena de la sanción moratoria, ante la falta de acreditación de la mala fe del empleador, ya que, a su parecer, la recurrente considera que la entidad actuó bajo los términos de la Ley 80 de 1993 actuar, para lo cual solicita se tenga en cuenta el presente de la sentencia la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de julio de 2009 radicado 36821.

El pronunciamiento judicial aludido en el recurso la Alta Corporación analizó un caso de connotaciones fácticas distintas a las del caso que ocupa la atención de esta Sala de Decisión, ahora, que, si con ella se busca el sustento jurisprudencial de la sanción por mora impuesta aquí en primera instancia, se aclara a la recurrente que, mientras que allá se discute la procedencia de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., en este proceso se encuentra en discusión la consecuencia del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, lo anterior, en aras de contextualizar dicho precedente.

Sin embargo, no se desconoce el presupuesto de ausencia de buena fe para su aplicación en una y otra, que, para el caso bajo estudio, en decisiones más recientes de la Sala de Casación Laboral, como, por ejemplo, en la sentencia SL854-2021, con radicado 84665 del 17 de febrero de 2021, esa Corporación ha dicho en casos en los que se discute la sanción moratoria reprochada, que: *“Los contratos de prestación de servicios y las certificaciones que los acreditan no son prueba suficiente de un actuar provisto de buena fe, sino que, por el contrario, acreditan la intención de ocultar verdaderas relaciones de trabajo ...* agrega que, *“la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del empleador de creer estar actuando*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

conforme a derecho”, y, “que la imposición de la sanción moratoria no es de aplicación automática, en cada caso es necesario estudiar si la conducta estuvo o no asistida de buena fe”.

En el presente caso, quedó demostrado que las funciones ejercidas por la demandante no tenían una connotación temporal y por el contrario eran permanentes y ejercidas en cumplimiento de la misión de la entidad, y que al igual que ella, también eran realizadas por empleados de la planta de personal de la entidad, además, se acreditó la existencia de un contrato de trabajo, lo cual implicó la subordinación y continuada dependencia de la trabajadora, circunstancias que junto con los criterios jurisprudenciales resultan necesarios para considerar el actuar desprovisto de buena fe de la entidad contratante en su momento, alrededor de la contratación de la actora, y en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en tal sentido.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2019, para indicar que, el extremo inicial de la relación laboral tuvo lugar a partir del día **03 de septiembre de 2012**, y no como se declaró el 1° de abril de igual año, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2018-302-01 Dte: **CHRISTIAN DIANNE BARRERA TRIVIÑO Ddo.: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

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

Salvo voto parcial



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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2015-734-04

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: JAIME ENRIQUE DIAZ RIVEROS

DEMANDADO: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS
MIGRACIONES - OIM

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de septiembre de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JAIME ENRIQUE DIAZ RIVEROS por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, entre el 9 de julio de 2009 y el 31 de enero de 2014, y como consecuencia de



ello, se le condene al pago de los conceptos de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., sanción por la no consignación de cesantías, aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social e indexación de las sumas debidas y costas del proceso. (fls.364 a 365).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que suscribió contrato de prestación de servicios con la demandada denominado CONTRATO ESPECIAL PS-3010, en donde se pactó como remuneración la suma de \$1.400.000; que el mismo fue prorrogado 19 veces; que con fecha 23 de septiembre de 2009 las partes firmaron OTRO SI, mediante el cual se amplió el plazo de ejecución del contrato y se le exigió diligenciar el anexo B para que expresara su voluntad de afiliarse al Sistema de Riesgos Laborales; que el objeto contractual era el de fortalecer el sistema de información de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, alimentando la base de datos, sistema de información red de desaparecidos y cadáveres SIRDEC, con el fin de unificar la información que facilitaría la identificación de personas desaparecidas.

Que las funciones a realizar fueron desempeñadas de forma personal por el actor, bajo continua subordinación y/o dependencia, siendo las mismas permanentes; refiere que más allá de un contrato de prestación de servicios lo que se dio fue una verdadera relación laboral, al existir los tres elementos de existencia del contrato de trabajo, por último, que con fecha 6 de julio de 2015 elevó reclamación ante la demandada quien respondió la misma el 14 de julio de igual año. (fls.362 a 364)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción (fls.1137 a 1160), oponiéndose a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos los negó en su totalidad. Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia por inmunidad, la cual fue declarada no probada en diligencia pública del 11 de agosto de 2017 (fl.1178 y 1179), concediéndose en igual



oportunidad el recurso de apelación ante el Superior quien confirmó la decisión de instancia. De mérito formuló las denominadas *inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, pago, falta de jurisdicción y de competencia por inmunidad, compensación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVIÓ a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a cargo del demandante en suma de \$100.000.

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

“Que conforme los artículos 22 a 24 del C.S.T. y 53 de la C.P.C., y el principio de realidad sobre las formas, analizó las pruebas aportadas al proceso, folios 2 a 313, para citar las funciones a realizar por el demandante folios 292 a 296; prorrogas del contrato, planillas de asistencia a la Fiscalía entre el 2 de enero de 2012 y el 8 de noviembre de 2013, certificados de aportes en línea al sistema de seguridad social fl. 321 a 332; cuentas de cobro suscritas por el demandante, convenio de cooperación institucional entre la demandada y la Fiscalía General de la Nación de 11 de abril de 2008, fls.1120 a 1135; que se recepcionó interrogatorio de parte al demandante y de testimonios; que las pruebas señala que se trató de un contrato de prestación de servicios, pero que a pesar de las mismas el Despacho verificará si en realidad se dio ese contrato de prestación de servicios que se plasma en las pruebas documentales como son la oferta, el contrato, las cuentas de cobro, los aportes a seguridad social o si se trató de un contrato de carácter laboral bajo la presunción del artículo 24 del C.S.T., o el principio de realidad respecto de las formalidades; que la Corte en sentencia SL6621 de 2017 respecto de la presunción del artículo 24 del C.S.T., señaló (...) para indicar que al trabajador le basta con probar la prestación personal del servicio para que se presuma la existencia del contrato, y al empleador desvirtuar aquello, es decir, que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma; que la carga de la prueba le corresponde a la parte demandada ya que se encuentra demostrada la prestación personal del trabajo para el cual fue contratado el demandante, hecho que se encuentra aceptado, además que a los testigos se les indagó si éste podía delegar la prestación del servicio y dijeron que no; que le correspondía a la demandada desvirtuar la presunción, quien también aportó la oferta, el contrato de prestación de servicios, las cuentas de cobro, los aportes a seguridad social que indican que se trató de un



contrato de prestación de servicios; que la parte demandada desistió de los testimonios; que el demandante al contestar el interrogatorio manifestó que no tenía oficina en la OIM, porque la actividad la desempeñaba en la Fiscalía, que nunca asistió a la OIM, que rendía informes mensuales, que los hacía en físico o a través del correo, que presentaba las cuentas de cobro, que quien supervisaba sus servicios era Claudia Valderrama, que en cuanto a la importancia de la subordinación se le indagó si tenía un horario a lo que manifestó que por parte de la OIM no tenía horario fijado pero que si tenía que cumplir el horario de la Fiscalía de 8 a 5 de la tarde, el cual se ratificaba mediante la firma de unas planillas en la fiscalía; que en cuanto a órdenes que pudiese recibir mencionó que la OIM no le impartió ninguna orden para desempeñar sus funciones y que no hubo horario alguno y que presentó la renuncia porque suscribió contrato con la fiscalía, que del interrogatorio se tiene, primero, que las ordenes que pudo recibir no provenían de la OIM, que ésta tampoco le obligaba al cumplimiento de un horario; que con la prueba testimonial quedó claro que se cumplía con el horario de la Fiscalía, y que la señora Valderrama en ocasiones estaba en las instalaciones de la Fiscalía, supervisaba el trabajo del demandante, y el testimonio que fue objeto de tacha Sandra Patricia Suarez Niño, pero es relevante para el caso, señala que la señora Valderrama nombró a varios funcionarios de la Fiscalía quienes observaban y verificaban que el demandante cumpliera con sus funciones en el cumplimiento de las metas, las cuales eran el objeto del contrato, que todos los elementos utilizados por el demandante eran de propiedad de la Fiscalía, y que el horario a cumplir era el que determinaba la Fiscalía.

Que por todo lo anterior, que, aunque existe la presunción del artículo 24 y que aunque la demandada además de las pruebas documentales, desistió de los testimonios, que la misma confesión del demandante desvirtúa la presunción del artículo 24 del C.S.T., como es la continua subordinación que se debe ejercer durante todo el vínculo laboral por parte de la OIM; que conforme el interrogatorio y los testimonios la subordinación era respecto de la Fiscalía más que de la demandada, quienes nombraron a varios funcionarios de la fiscalía que ejercían el control sobre las actividades del actor, que los testigos indicaron que personal de la fiscalía ejercía igual actividad del demandante, que para el caso de la subordinación se hubiese estudiado la misma con la fiscalía, pero que lo que se buscaba con el proceso era determinar el vínculo laboral con la OIM respecto de quien no se encuentra que se diera la subordinación y que a pesar de la presunción del artículo 24 la misma fue desvirtuada por la confesión del demandante en el sentido que no recibía órdenes de la OIM, que no le imponía horario, que no tenía oficina, que la subordinación estaba más por el control que se daba al interior de la Fiscalía; que si bien al interior de la oferta y del contrato hay obligaciones que debía cumplir el demandante y que supondrían subordinación, sin embargo, la Corte ha señalado que el hecho de dar instrucciones sobre el mismo objeto del contrato per se no significa que haya subordinación; que en sentencia radicado 16305 de 2001 (...) para indicar que las actividades que debía desarrollar el demandante estaban desde la misma oferta, las cuales no variaron en el término del contrato y simplemente la



supervisión se hacía sobre el cumplimiento de las metas o para lo que fue el contratado el demandante, que era diligenciar 10 contratos durante el día, y entorno a ello estaba la supervisión por parte de la OIM que los mismos testigos señalaron no era de manera permanente sino esporádica cada 8 o 15 días, y finalmente cada mes pues se debía presentar el informe como es natural para saber si se estaba cumpliendo con el objeto del contrato; que por parte de la OIM no estuvo demostrada la subordinación propia de los contratos de trabajo, y que la presunción fue desvirtuada por la misma confesión del demandante; que respecto del artículo 35 del C.S.T. que señala que la OIM actuó como simple intermediario y que debía pronunciarse ultra y extra petita, que ello no fue objeto del presente litigio porque en este caso no se señaló a la fiscalía como el verdadero empleador, que en todo caso el juzgado no tendría competencia porque tendría que establecerse que era un trabajador oficial, y que si se trataba de un funcionario de la fiscalía entonces podría tratarse de un empleado público, en lo que tampoco tendría competencia a menos que se demostrase que fue un trabajador oficial, pero que eso no se discutió, y que para aplicar la consecuencia del numeral 3 del artículo 35 es necesario que se condene al empleador y el intermediario tendría que responder solidariamente, que no se encuentra que el demandante estuviere vinculado por medio de un contrato de trabajo con la OIM y que la presunción del artículo 24 fue desvirtuada con la confesión del demandante y por lo manifestado por los testigos, que en cuanto a la subordinación, sobre los permisos que debían solicitar el solo dicho de la señora Sandra Suarez que alguna vez lo escuchó llamar para pedir un permiso no tiene la fuerza suficiente para demostrar la subordinación propia del contrato de trabajo con la OIM, por lo que debe absolverse a la demandada al no demostrarse la existencia del contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

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

En el presente caso, el juzgado de instancia absolvió a la demandada al no encontrar elementos que conllevaran a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre ésta y el demandante, a pesar de haberse erigido en su momento la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., la cual, de todas maneras, no salió triunfante en razón a la confesión proveniente del actor y de los demás medios probatorios practicados y valorados al interior del proceso, que dieron cuenta de la ausencia del elemento de subordinación



respecto de la OIM.

Dicha presunción de existencia de la relación de trabajo que no pudo ser sostenida por el demandante, tuvo génesis al quedar establecido suficientemente con las declaraciones testimoniales y lo dicho por el actor, que éste para el desarrollo de las actividades contractuales debía concurrir a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación dentro del horario de la entidad que por cierto, no fue demandada y respecto de la cual esta Corporación confirmó la decisión del a quo en el sentido de no integrar la misma al proceso en calidad de litisconsorte necesario, en virtud que a la luz del artículo 61 del C.G.P., las pretensiones de la demanda podían decidirse sin la concurrencia de aquella.

Es por lo mismo, que el llamado de la parte actora con oportunidad de alegatos previos a la sentencia de primer grado, a dar aplicación a los efectos del artículo 35 del C.S.T., por medio de las facultades ultra y extra petita, tampoco estaba llamado a prosperar, en razón a que, por un lado, no fue posible demostrar la existencia de un contrato laboral, y por otro, ante la falta de identidad de un empleador, es por lo que, por obvias razones la figura de la intermediación laboral, jurídicamente no era posible.

Ahora bien, de la situación fáctica del caso, se tiene que el actor suscribió con la demandada Organización Internacional para las Migraciones – OIM-, el contrato de prestación de servicios profesionales como contratista independiente PS-3010, lo anterior, se desprende de la literalidad de dicho acuerdo visible a folios 292 a 296 del proceso, independientemente de su realidad y del resultado de la decisión del juzgado de instancia, pero que, de todas maneras, por parte del demandante no pudo ser probado que el vínculo contractual suscrito obedeció a uno de naturaleza laboral.

Al respecto, sabido es que, una vez activada la presunción contractual en virtud de la prestación personal del servicio, le corresponde al eventual empleador accionado, probar que la labor o la actividad personal fue prestada de manera autónoma e independiente, de lo contrario dicha presunción de existencia del vínculo laboral cobra vigor, no quedando más



alternativa que la declaración de un verdadero contrato de trabajo, sustentada bajo el principio de la realidad sobre las formas conforme lo prevé el artículo 53 de la Constitución Política Nacional.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia laboral ha expresado sobre el particular, entre otras, en la sentencia con radicación SL999-2021 con radicación N°70318 del 1 de marzo de 2021, lo siguiente:

“Así lo ha entendido esta Corte, y lo sigue plasmando en sentencias recientes como la CSJ SL5042-2020, en donde se dijo:

*La Corte debe recordar también que, en el marco de ese ejercicio discursivo, el trabajador tiene una evidente ventaja probatoria establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con el cual, demostrada la prestación personal del servicio, debe presumirse la existencia del contrato de trabajo, siendo carga de la demandada derruir esa presunción con los medios probatorios pertinentes y centrándose, se repite, en las realidades de la vinculación, más que en sus convenciones formales, que en este escenario pierden su validez y obligatoriedad. Esta sala de la Corte ha señalado, en ese sentido, que al declararse la existencia de una relación de naturaleza laboral «[...] y no de prestación de servicios, cualquier pacto realizado por las mismas en sentido contrario, sin hesitación ninguna, **no produce efecto alguno**, aun, se insiste, así se haya efectuado con el avenimiento expreso del trabajador [...]» (CSJ SL4537-2019).*

Y lo reiteró, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL3616-2020 cuando expresó:

En sentencia CSJ SL225-2020, la Sala explicó que ninguna actividad liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial está exenta de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que opera, sin excepción o distinción, en «toda relación de trabajo personal» regulada por dicho estatuto.

Además, la Corte ha aplicado la presunción de existencia de contrato de trabajo en profesiones liberales y en contratos civiles o comerciales, sin diferenciación en cuanto al sector público o privado, la naturaleza de las funciones y sin exigir requisitos adicionales más que la demostración de la prestación personal del servicio, entre otras, en sentencias CSJ SL4816-2015, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2885-2019 y en la CSJ SL981-2019.

En los casos aludidos, la Corte adoctrinó que la presunción de contrato de trabajo cubre el ejercicio de tales actividades y que, en cada caso concreto, se establecerá la existencia de una relación subordinada, siempre que así derive de las circunstancias de ejecución de la prestación del servicio; por tanto, corresponde al contratante desvirtuar la presunción legal y demostrar que aquella se prestó con la autonomía e independencia propias del esquema civil o comercial.”

Con todo, en el presente caso se observa que, más allá que la parte convocada desplegara o no una actividad probatoria tendiente a demostrar que el demandante realizó las actividades de manera autónoma e independiente, lo que conllevó a la juez de instancia, y que comparte la Sala,



a inferir que no medió subordinación alguna sobre el señor Díaz Riveros respecto de la demandada, fue precisamente lo manifestado por él mismo con oportunidad al interrogatorio que absolvió, puesto que aceptó no recibir órdenes por parte del contratante o la OIM, o que se le impusiera la obligación de cumplir un horario por lo menos por parte de la OIM, y contrario a ello, lo que se extrae es que, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la ejecución del contrato PS-3010, no desconocen la participación de la Fiscalía General de la Nación, entidad que se reitera, no fue demandada, situación que no impide decidir sobre las pretensiones dirigidas en contra de la OIM, entidad ésta última respecto de la cual lo único que logra acreditarse, es la suscripción del mentado contrato de prestación de servicios con el actor.

Así las cosas, queda claro que, además de la confesión del demandante, en el proceso no hay medios de convicción que lleven a demostrar que el demandante desarrolló las obligaciones contractuales contraídas en el marco del contrato PS-3010, bajo la continua subordinación y dependencia del contratante hoy aquí demandado, puesto que, incluso, de las declaraciones testimoniales se conoció que personal de la Fiscalía en oportunidades supervisaba las actividades del promotor, situación que no es posible predicar respecto de la OIM.

Y es que, resulta natural que, para el cumplimiento del objeto contractual, deban rendirse informes o reportes sobre el desarrollo de las obligaciones, independientemente de su periodicidad, sin que con ello deba automáticamente deba predicarse la presencia del elemento de la subordinación, ya que no se desconoce que, parte de las obligaciones (fl.293) que consintió el actor a su cargo en el contrato PS-3010, estaban dirigidas a informar el desarrollo de sus actividades, de lo que por cierto no se demostró que ello se hiciera directamente con la demandada.

Aunado a lo anterior, del debate probatorio no se concluyó que, las obligaciones contraídas por el contratista, frente a lo cual no se desconoce que era él mismo quien las ejecutaba, se hayan incumplido por parte de éste, o que para su realización el demandante haya requerido la



participación y/o apoyo de la demandada por medios de instrucciones u órdenes directas, circunstancias que conducen a alejar aún más la posibilidad que entre las partes haya estado presente el elemento de la subordinación respecto del actor, y en tal orden de ideas, la existencia del contrato de trabajo queda derruida.

Por último, comoquiera que el sentido de la decisión es absolutorio, es por lo que las excepciones de mérito debían de declararse probadas, no obstante, en la decisión de primera instancia no se hace tal mención, circunstancia que de todas maneras no invalida el resultado, que se acompaña con lo reafirmado por la parte convocada con oportunidad de alegaciones de segunda instancia, esto es, la inexistencia de la vinculación laboral del actor con la demandada.

Por todo lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2015-734-04 Dte: JAIME ENRIQUE DIAZ RIVEROS Ddo.: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES – OIM

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2015-693-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MAURICIO QUEVEDO HERNÁNDEZ

DEMANDADO: TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de octubre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este alegaciones por la parte demandante, la demandada Transportadora del Meta y las sociedades Pacific Stratus Energy y Meta Petroleum Corp, así como por parte de la llamada en Garantía Compañía Mundial de Seguros, estas tres últimas, solicitan se confirme la decisión de primer grado en cuanto a la absolución dispuesta respecto de dicha sociedad.

ANTECEDENTES

El señor MAURICIO QUEVEDO HERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de



TRANSPORTADORA DEL META S.A.S., PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA, META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA y ECOPETROL S.A., con el fin de que se DECLARE que entre él y la primera sociedad en mención, existió una relación laboral, que los salarios, primas de servicio, cesantía, interés a la cesantía y vacaciones pagadas durante la vigencia de la misma, fueron indebidamente liquidados, por cuanto no se incluyó en su cálculo la totalidad de factores salariales por él devengados y trabajo suplementario por el periodo comprendido entre el 24 de julio de 2007 al 18 de septiembre de 2012, de igual forma, las cotizaciones a pensión no se efectuaron teniendo en cuenta los rubros en mención; solicita se declare que se vio en la obligación de laborar en días de descanso sin que los mismos fueran pagados por la demandada, así como la ineficacia del párrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de trabajo, en la que se establece que los viáticos de alimentación y hospedaje, no son rubros constitutivos de salario y que sí se deben tener en cuenta para reliquidar a su favor, las primas de servicio, cesantía, interés a la cesantía, vacaciones y cotizaciones al sistema general de pensiones.

Como consecuencia de tales declaraciones, peticona se condene al empleador demandado y a las demás sociedades convocadas solidariamente a efectuar el pago de la diferencia salarial de \$4.907.056, exigido por Ecopetrol como remuneración de los conductores de tracto camión, bonos de accidentalidad y productividad con respectivos reajustes anuales de conformidad con anexo 1 del contrato MA-001561 del 29 de septiembre de 2011, los reajustes por concepto de liquidación de trabajo suplementario, auxilio de cesantía, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión, indemnización moratoria por concepto de pago incompleto de cesantías, indemnización del artículo 65 del CST, por pago deficitario de salarios y prestaciones sociales e indexación de dichas sumas. (fls. 65 a 68 cuaderno 1 y 222 demanda reformada)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró de manera continua e ininterrumpida con la demandada entre el 24 de julio de 2007 al 18 de



septiembre de 2012, extremos temporales en los que se desempeñó como conductor de tractocamión, cumpliendo un horario comprendido entre las 5:00 a las 20:00 horas, que para cada trayecto debía realizar operaciones de cargue y descargue; señala que el 18 de agosto de 2015 radicó ante la demandada reclamación laboral solicitando la reliquidación de la totalidad de las acreencias laborales, por cuanto la demandada no había tenido en cuenta la totalidad de factores salariales por él devengados, que el 12 de mayo del mismo año, solicitó a la demandada se le expidiera copia de las guías denominadas “guía para transportar productos derivados del petróleo”, pues en las mismas se establece la fecha y hora de cargue y descargue de los vehículos, igual solicitud elevó el 16 de junio de 2015 y también se le solicitó expedición de la relación de horas extras por él laboradas y pagos efectuados por concepto de viáticos, especificando cuáles correspondían a manutención y alojamiento.

Señala que a través de comunicación del 1 de junio de 2015, la demandada indica que la información por él solicitada, corresponde al giro ordinario de los negocios de la empresa y por ello, no es de público conocimiento, que el 24 de agosto de 2015, radicó ante Ecopetrol solicitud de expedición de las guías para transportar petróleo, de los trayectos efectuados por él durante su vinculación con la demandada, igual solicitud se realizó ante Pacific Rubiales, en razón a los contratos suscritos por la convocada y las sociedades en mención, asimismo se elevó ante la Dirección de Distribución Nacional de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía.

Refiere que conforme a los desprendibles de pago de nómina expedidos por la demandada, le fueron canceladas horas extras laboradas en día festivo y de igual forma de los mismos se determina que los días dominicales y festivos por él laborados, no fueron pagados; afirma que durante la vigencia de la relación laboral, le reconocieron viáticos por concepto de manutención y hospedaje, cuyo valor relaciona en hechos 7 a 11 de acápite de viáticos; razón por la cual le solicitó a la demandada expedir relación de pago de dichos viáticos a lo que esta le manifestó que estos estaban incluidos dentro del salario, por lo que podía verificar tales valores en su desprendible de nómina,



sin que en dichos documentos se visualicen tales pagos, por lo que de nuevo elevó solicitud en el mismo sentido el 18 de agosto de 2015.

Indica que desde el 2007 al 2012, le fue cancelada por la demandada una prima mensual denominada “no constitutiva de salario”, señala que durante la vigencia de la relación laboral, no le fueron cancelados los intereses a la cesantía y de los desprendibles de nómina no se observa que hayan sido pagadas las vacaciones de los años 2007 y 2008, como tampoco constancia de que durante toda la relación laboral, se le hayan reconocido las primas de servicios a que tendía derecho; que conforme el parágrafo 2 del artículo 13 del reglamento de trabajo de la demandada, tiene derecho a descanso los sábados con extensión de dos horas de la jornada laboral de lunes a viernes; no obstante ello, cumplía en ocasiones con una jornada laboral de más de 48 horas de lunes a viernes y no se le permitía descansar los sábados, correspondiéndole un total de 23 sábados de descanso sin que estos se hubieran compensando para el año 2007, de igual manera para el 2008, en que tenía derecho a descansar o a que le fueran compensados 52 sábados, igual número en el 2009, 2010 y para el 2011, finalmente para el 2012, tenía derecho a que se le compensaran 36 sábados.

Refiere que los recorridos asignados a él durante la vigencia de la relación laboral, se encuentran establecidos en el numeral 3.3.2., del manual de conductor de tracto camión el cual establece que quien desee conducir dichos vehículos, acepta dichos tiempos, los que indica fueron cumplidos por él, que el tiempo de cargue y descargue de la mula era de 3 horas cada uno; afirma que laboró una gran cantidad de horas extras, cuyo registro llevaba la demanda pues así lo establece el reglamento de trabajo en mención y las mismas no le fueron reconocidas por la demandada.

Indica por último que entre Ecopetrol S.A. y Transmeta S.A.S., se celebró el contrato MA-0001561 el 29 de septiembre de 2011, a través del cual, Transmeta S.A., se comprometía a favor de la otra sociedad en mención al transporte de hidrocarburos, que en el anexo 1 de dicho contrato, se estableció cuál era el valor que pagaría Ecopetrol como salario por cada uno de los conductores, el que se pactó en \$4.907.056 mensuales, que igualmente dicho



anexo contemplaba el pago de bonos de productividad y accidentalidad cuyo pago no se efectuó a su favor; indica que tanto Ecopetrol como Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia y Pacific Stratus Energy Colombia, son solidarias en el pago de las sumas a él adeudadas por cuanto Meta Petroleum es la operadora del campo dentro del contrato de asociación QUIFA, suscrito con Ecopetrol el 22 de diciembre de 2003 y esta última suscribió con Transmeta S.A.S., contrato MA 0001561 para el transporte de petróleo producido en virtud del contrato QUIFA, de igual manera estas suscribieron otro contrato similar el 22 de diciembre de 2014 y se beneficiaron de su labor. (fls. 221 a 227, cuaderno 1 demanda reformada)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Transportadora del Meta S.A.S., contestó la acción judicial, indicando que las pretensiones de demandada eran improcedentes, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 5, 6, 13, 15, 22 a 27 y 29 a 34; referentes a la existencia de la relación laboral deprecada por el actor entre el 24 de julio de 2007 al 18 de septiembre de 2012, la reclamación laboral presentada por este el 18 de agosto de 2015, la solicitud de expedición de guías de transporte, la cancelación por su parte de horas extras festivas y el valor de cesantías y vacaciones canceladas a favor del actor y negó los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción. (fl.365, cuaderno 1)

La demandada META PRETOLEUM CORP, señaló que no era procedente emitir pronunciamiento respecto de las pretensiones, por cuanto no se deprecaban frente a esta, en cuanto a los hechos negó los No. 46 a 50, 53, 56 y 57 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva y prescripción. (fl. 405)

Por su parte, ECOPETROL S.A., se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 37, 44, 46, 47, 49 referentes a lista de precios pactada en el contrato suscrito con Transmeta S.A., el contenido de la cláusula cuarta del mismo, la asociación con la sociedad Meta Petroleum para



la explotación del campo QUIFA y las adiciones al contrato en mención, negó los No. 36, 38 a 40, 44, 45, 48, 51, 52, 56 y 57 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de solidaridad a cargo de Ecopetrol. (fl. 421)

La demandada PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, señaló que no era procedente emitir pronunciamiento respecto de las pretensiones, por cuanto no se deprecaban frente a esta, en cuanto a los hechos negó el No. 54 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva y prescripción. (fl. 667)

La llamada en garantía COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., negó los hechos contenidos en los numerales 36 a 45 y manifestó no constarle los demás, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó ausencia de responsabilidad solidaria con Transmeta S.A.S., por cuanto Ecopetrol no tenía ningún tipo de vínculo laboral con el demandante, pago de salarios y prestaciones sociales, cobro de lo no debido e inexistencia de obligación a cargo de la parte demanda y prescripción. (fl. 703)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió declarar que existió un contrato de trabajo entre el demandante y Transmeta S.A.S., en reorganización a término indefinido entre el 24 de julio de 2007 al 18 de septiembre de 2012; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones laborales causadas con anterioridad al 18 de agosto de 2012, a excepción de la reliquidación de aportes a pensión; condenó a Transmeta S.A.S. a pagar al demandante la suma de \$795.787, por concepto de auxilio de cesantías, \$332.000, por concepto de interés a la cesantía, \$23.740 por prima de servicios, \$23.740 por vacaciones \$23.740, de igual manera, condenó a la sociedad en mención al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la superintendencia bancaria, a partir de fecha de en que se declaró probada



la excepción de prescripción y hasta cuando se verifique el pago de la condena, ordenó el pago de cálculo actuarial con destino al fondo en que se encontraba afiliado el demandante, absolvió de las demás pretensiones y a las demás demandadas y llamadas en garantía.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Así las cosas, entramos a resolver el problema jurídico planteado que como dijimos consiste en determinar si hay lugar a la reliquidación o no teniendo en cuenta todos estos factores que ha señalado la parte actora. En primer lugar, el juzgado va a referirse al bono de productividad y el bono de accidentalidad y al salario que dice el demandante debió devengar de conformidad con el contrato que celebró entre Ecopetrol y Transmeta y se denomina el anexo número 1, contrato número MA001561 y que obra a folios 333 vuelto y también al mismo contrato, a una cláusula que obra a folio 320 y esto para determinar el salario y si hay lugar a pagar esos rubros al señor demandante, dice el contrato en su numeral 6 a folio 320 lo siguiente: en caso de que tenga relación laboral sometida a ley colombiana, con todos o algunos de sus integrantes de su equipo de trabajo, el contratista se obliga a pagarle el salario establecido por Ecopetrol e informado en las de EPS o en efecto de dicha información el salario que corresponde de acuerdo con la normativa interna de Ecopetrol en materia de salarios a cargo de sus contratistas, la cual podrán ser consultada en la página web. Esto significa que en este tipo de contratos, de alguna manera Ecopetrol exige que a los trabajadores que desempeñen estos cargos, se les debe pagar la asignación establecida por Ecopetrol, pero revisada la normativa y todas las pruebas aportadas al proceso, igualmente todo lo que se dijo en la contestación de la demanda y en los mismos alegatos de conclusión, no se demostró que Ecopetrol tuviese trabajadores de planta que desempeñasen las mismas labores que desempeñaba el demandante, lo que significa que no había una tabla establecida por Ecopetrol para los conductores, es decir, no podría asimilarse el trabajo del demandante a ningún otro servidor de Ecopetrol. Eso en primer lugar, porque después añadiremos otras razones. Y en cuanto a la lista de precio unitaria, el despacho revisando todas las pruebas aportadas al proceso encuentra efectivamente que esta lista de precios unitaria no hace referencia en lo que tiene que ver con salarios y las primas, el bono de productividad y el bono de accidentalidad a beneficios que deberían cancelarse individualmente, es decir, a cada trabajador en este caso a cada conductor de manera individual, sino hace referencia a los gastos de operación que debería pagar Ecopetrol en ese caso a la empresa Transmeta, el despacho no encuentra ninguna prueba que demuestre que era una lista para pagar a cada conductor de manera individual, eso es uno de los aspectos que ha encontrado el juzgado.

De otra parte, también en lo que hace referencia a estos beneficios que según el apoderado de la parte actora y que consagra Ecopetrol debían cancelarse al demandante, debe resaltar el juzgado que aunque se diese esta interpretación tampoco le era factible al despacho entrar a determinar si debía o no cancelarse los por varias razones, en primer lugar porque no quedó demostrado de manera clara y fehaciente que el demandante efectivamente hubiese transportado crudo, digamos en beneficio de Ecopetrol o de ser así, se hubiese hecho viajes en beneficio de Ecopetrol, cuantos viajes se hicieron en el mes, durante cuantos meses porque no quedó acreditado mediante prueba documental y tampoco mediante la prueba personal en razón a que el mismo demandante confesó en su interrogatorio de parte que prestó sus servicios para varias empresas, unas demandadas y otras no. Señala en su interrogatorio de parte lo siguiente: que los recorridos habituales eran de Bogotá rubiales y de rubiales para buenaventura, Medellín, a nivel nacional, los viajes eran a Pacific, a Gecolsa y que transportaban derivados de petróleo para conveniencia de Ecopetrol, pero pues eso no demuestra que efectivamente se hubiesen hecho viajes a favor de Ecopetrol. Señala después lo siguiente: nosotros transportábamos para Gecolsa, Ecopetrol transporta su crudo desde campo rubiales por el oleoducto, pero Ecopetrol necesita



adelgazar su petróleo, por lo que debe transportar diluyente, nosotros le transportábamos el diluyente a Gecolsa; es decir, para el despacho no está claro, de acuerdo con lo estipulado y lo dicho por el mismo demandante si el en los vehículos que manejaba y que transportaba era transporte de crudo o transporte de diluyente y eso es bien importante y nos referiremos sobre este aspecto cuando hablemos de la solidaridad. Lo que quiere concluir el despacho es este caso es que en lo que tiene que ver con ese anexo número 1, pues definitivamente no es un anexo que obligue a Transmeta a cancelar estos valores aquí estipulados a cada uno de los conductores que tenga y máxime cuando no se demostró que el demandante durante toda la relación laboral únicamente hubiese transportado y se hubiese desempeñado para transportar crudo, perteneciente pues a Ecopetrol. Por lo tanto, pues negaremos la reliquidación en lo que tiene que ver con el bono de productividad y el bono de accidentalidad y el pretendido salario contemplado en el anexo número 1.

En lo que tiene que ver con horas extras y trabajo suplementario, debe señalar el juzgado que es por todos conocido porque ha sido una jurisprudencia de vieja data, inclusive desde la misma existencia del tribunal supremo que fijó algunos aspectos que todavía hoy tenemos en cuenta y aspectos como por ejemplo en estos del trabajo suplementario de horas extras, dominicales y festivos donde exigen que se debe demostrar de manera clara y fehaciente el trabajo suplementario y horas extras realmente laborados y no cancelados por la demandada porque pues la simple afirmación genérica de que se trabajó horas extras, que se trabajó en dominicales, en festivos y trabajo suplementario pues no da lugar al reconocimiento del mismo, sino que este debe ser demostrado claramente por la parte actora. A manera de ejemplo vamos a citar varias sentencias que retoman lo dicho inicialmente por la jurisprudencia laboral y esta es por ejemplo la sentencia sl3009 de 2017, radicado 47044, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia no es dable suponer el número de las horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén demostradas. Respecto a la carga de la prueba cuando se reclaman horas extras dijo la sala laboral de la corte suprema de justicia, en sentencia 45931 del 22 de junio de 2016, con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga: “es que en verdad la demanda se exhibe débil e inconsistente, toda vez que si el actor aspiraba a obtener en un juicio laboral, por ejemplo el pago de horas extras dominicales o festivos, y por ende el reajuste de sus prestaciones sociales, era menester asumir la carga procesal de indicar en forma diáfana y cristalina las razones y soportes de su inconformidad, las suplicas generales o abstractas a no dudarle lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora. Aquí es importante recordar que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que el ánimo del juzgador no deje en duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el caudal probatorio sobre el que recae, tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estime trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia...” Así entonces, considera el juzgado pues que en este caso no hay lugar al reconocimiento de horas extras, porque no existe ninguna prueba que le permita determinar con claridad, realmente cuales fueron las horas extras que pretende sean canceladas, así como el trabajo suplementario, dominical y festivo diferente al que se le canceló.

En lo que tiene que ver con los viáticos, recordemos que el artículo 130 del código sustantivo del trabajo establece: “Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación. En este caso se señala que al demandante no se le cancelaron los viáticos correspondientes y aparecen algunas pruebas donde se tienen en cuenta algunos valores que debían cancelársele al demandante, sin embargo, dentro de esos comprobantes pues no está establecido, hay una documental a folio 277 donde habla sobre legalización de gastos de viaje pero no se dice a qué corresponde cada uno de esos gastos, entonces así no se puede determinar si correspondía a viáticos destinados a proporcionar manutención o alojamiento o también los que correspondían a temas



relacionados con el mantenimiento del vehículo, por lo tanto, pues ante esta imposibilidad porque no se determina ni siquiera como viáticos, el despacho tampoco puede hacer una valoración diferente a lo que aparece en los comprobantes aportados al proceso, es decir que considera el juzgado que en este caso no hay lugar a ninguna reliquidación por este tema.

En lo que tiene que ver finalmente con el tema relacionado con las primas no constitutivas de salario o denominada también prima de campo que aparece cancelada en los diferentes desprendibles de pago, pues en primer lugar deberemos referirnos a lo señalado por el artículo 127 del código sustantivo del trabajo y 128. El artículo 127 señala: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. Y el artículo 128 pues habla de los pagos no constitutivos de salario, señalando lo siguiente: No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Posteriormente señala: ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Debe señalar el juzgado que esta norma ha sido bastante controvertida y también es amplia la jurisprudencia respecto de los pagos que constituyen salario y los pagos que no constituyen salario, y en definitiva el legislador dio esa libertad a las partes para que determinaran que pagos habituales podían ser excluyentes de la base salarial, pero de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial, esa libertad tiene un limitante y es cuando esos pagos no retribuyan directamente el trabajo del empleado. Porque cuando se retribuye directamente el trabajo, así se haya pactado en el contrato de trabajo, en un otrosí, en cualquier documento entre las partes, se tendrá como ineficaz esa cláusula, ponemos un ejemplo en el caso de las comisiones; así se pacte en el contrato de trabajo que las comisiones no son factor salarial, pues todos sabemos que por su naturaleza estas son factor salarial. En este caso, se pactó esa prima de campo o esa bonificación que se le cancelaba al trabajador y que está demostrada en los diferentes desprendibles de pago y que es admitida por demás por la empresa demandada Transmeta S.A. como no constitutiva de salario, sin embargo, el juzgado considera que por la naturaleza esta prima debe ser considerada como constitutiva de salario. El argumento de la empresa demandada es que esta es una prima para compensar de alguna forma la ausencia que el trabajador tiene al ausentarse de su familia. Es decir, es un resarcimiento, si me permiten la expresión, como una compensación moral o afectiva por esa ausencia que tiene el trabajador de su familia. Sin embargo, fíjense que esta prima se determina por el kilometraje que haya recorrido en su diario el trabajador, es decir, está directamente relacionada y no es una prima fija sino que se relaciona directamente con el número de kilómetros que haya abarcado el conductor en los diferentes tramos. Considera el juzgado que si lo que se buscaba era de alguna manera resarcir esa ausencia de la familia, ese resarcimiento no podría medirse por el kilometraje porque la aflicción de estar lejos de su familia puede ser de 10 kilómetros o de 500 kilómetros o de 1000 kilómetros, o sea esa como que no encaja dentro de que se pueda medir a través del kilometraje porque esa ausencia de la familia, considera el juzgado que no se podría medir por kilómetros de distancia, y sin embargo lo que si da a entender es que eso estaba realmente ligado al trabajo que realizaba el demandante que era el trabajo de conductor, el despacho así lo ha estudiado en otro o en otros dos procesos donde se habla de esta prima, llegando a concluir que esta retribuye directamente el servicio prestado por el trabajador y no fue excluida como factor salarial, igualmente pues en ese orden de ideas se tendrá que esta dentro del concepto del artículo 127 del código sustantivo del trabajo, y se tendrá en cuenta para



liquidar las prestaciones sociales y para reliquidar las prestaciones sociales del trabajador y para reliquidar los aportes a la seguridad social.

En lo que tiene que ver con las prestaciones sociales, estudiaremos el término de prescripción porque indudablemente ha operado la prescripción no total pero si parcial, y en cuanto a la liquidación de prestaciones sociales, en cuanto a la reliquidación de los aportes a la seguridad social, todo sabemos que el tema pensional es imprescriptible, por lo tanto, respecto de este no operará el fenómeno prescriptivo. Así entonces, tenemos que de conformidad con la finalización del vínculo laboral que lo fue el 18 de septiembre de 2012, que la demanda se interpuso el 28 de agosto de 2015, pues se tiene que todas las reliquidaciones causadas con anterioridad al 18 de agosto de 2012 están prescritas, es decir, que el término realmente de reliquidación es prácticamente de 1 mes porque sobre el resto pues ha operado el fenómeno de la prescripción, a excepción de lo que tiene que ver con los aportes a la seguridad social, y sobre ello se ordenará la reliquidación y para eso se establecerán pues las diferencias salariales que no se tuvieron en cuenta y que se anexarán en la parte resolutive en un cuadro desde el año 2007, pues desde el inicio del contrato hasta el año 2012 en los valores que se indican en dicho cuadro, eso en lo que tiene que ver a la reliquidaciones. Finalmente, y en lo que tiene ver con la indemnización moratoria, debemos recordar lo señalado en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, que tiene dos presupuestos, dice lo siguiente la norma: "... Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique, si es menor. Y posteriormente, señala lo siguiente: Si transcurridos 24 meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria, a partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando el pago se verifique. En este caso debe señalar el juzgado que el contrato terminó el 18 de septiembre de 2012 y la demanda se interpuso el 28 de agosto de 2015, lo que significa que se interpuso más 24 meses después de haber fenecido el vínculo laboral, eso indica que no hay lugar a la moratoria del inciso 1, es decir un día de salario por cada día de mora, sino al pago de los intereses tal y como lo señala la norma, por lo tanto se condenará la indemnización moratoria, pero entendida que esta es el pago de los intereses en razón a que la demanda se interpuso con posterioridad a los 24 meses después de haber fenecido el vínculo laboral. Igualmente en lo que tiene que ver con la buena fe que se debe tener en cuenta al momento de condenar o no a la indemnización moratoria, considera el juzgado que en este caso no hay ninguna situación que le permita al juzgado establecer que el empleador actuó de buena fe, por considerar que es claro que esta bonificación compensa el trabajo, está directamente ligada con la prestación del servicio y el trabajo realizado por el demandante, que es una compensación directa de su actividad realizada, y que encaja perfectamente en los elementos integrantes del salario del artículo 127, pero como dijimos se condenará es al pago de los intereses ya señalados en la norma.

En lo que tiene que ver con la solidaridad respecto de las demandadas, Ecopetrol y también de la demandada Frontera Energy Sucursal Colombia, encuentra el juzgado que en definitiva pues no se dan los presupuestos descritos en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo, en primer lugar porque de conformidad con las pruebas aportadas al proceso el objeto social de las empresas, si bien es cierto por ejemplo en lo que tiene que ver con Ecopetrol, pues también habla del transporte de crudo, recordemos que esta empresa su transporte lo hace a través de los oleoductos y es que como lo dijimos al hablar de la reliquidación no se demostró en este caso el servicio prestado en favor de Ecopetrol, ni siquiera aunque aceptáramos que ese transporte hace parte del objeto social de estas empresas, al no demostrarse de manera clara y fehaciente que el trabajo desempeñado o el transporte, conducir estos vehículos transportaban crudo en favor de Ecopetrol, pues le es difícil al despacho entrar a determinar si en gracia de discusión se aceptara que el transporte terrestre hace parte del objeto social, tal y como se ha analizado y se ha determinado en otros casos considera el juzgado que esta actividad no hace parte del giro ordinario de los negocios



de Ecopetrol y de la otra empresa demandada, por lo tanto no se dan los presupuestos del artículo 34 del código sustantivo del trabajo y mas que esto, pues no se demostró que viajes se hicieron en beneficio de estas empresas porque el mismo demandante confesó en su interrogatorio de parte que el transporte se realizaba para diferentes empresas, sin que pudiera el juzgado determinar que viajes hacia a cada una de ellas. Por otra parte, se habló de un beneficio en favor de Ecopetrol, pero no de transporte de crudo sino de un diluyente, pues es un aditivo que se utiliza para algún proceso que debe realizarse con el crudo. Así es que el juzgado estudiando cada una de las pruebas, ateniéndose a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en esta materia de solidaridad, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de las empresas demandadas como la actividad desempeñada por el demandante, pues no encuentra que se den los presupuestos del artículo 34, por lo tanto pues excluirá de la solidaridad pretendida y en lo que tiene que ver con la compañía de seguros llamada a juicio y que propone se estudie la excepción de prescripción, el despacho no la estudiará dadas las resultas del proceso, en razón a que no hay condena alguna en contra de Ecopetrol. Así es que, en definitiva, la única condena que se proferirá será en contra de la empresa empleadora Transmeta y tendrá que ver con la reliquidación de las prestaciones sociales por aproximadamente un mes.

APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Lo primero que presento inconformidad, señora juez, es respecto del concepto de viáticos de los cuales fueron excluidos o absueltos los demandados y concretamente Transmeta. Considero, señora juez que primero, que interpongo recurso de apelación contra el fallo, quede claro eso, sobre los siguientes aspectos: lo que son los conceptos de viáticos, considero que por ser una negligencia y falencia más del demandado que del demandante por cuanto quienes establecen las tarifas de esos viáticos, y de acuerdo con los recorridos que se haga en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presta el servicio de conductor, es a la demandada a quien corresponde realmente no solamente discriminar cuáles son los aspectos que configuran esos aspectos de manutención y alojamiento, y cuáles son los que se relacionan como otros gastos de mantenimientos del vehículo o conservación del mismo, entiendo yo señora juez que en este caso, con base en el principio de favorabilidad que destaca el derecho laboral y sobre todo para la parte más débil que es el trabajador, si la entidad demandada tenía estipulado pagarle mensualmente unos viáticos por un valor determinado que encerrara lo que ellos decían, alojamiento, manutención, despinchadas combustible y cosas más del vehículo, debía tomarse señorita ese gasto global o concreto en este sentido de 40 42000 pesos que creo que era que le daban como viáticos, para efectos de que se introdujeran como factor salarial para efectos de liquidar no solamente su salario sino sus prestaciones sociales, esa es la primera inconformidad.

La segunda, señora juez, con todo respeto en cuanto a las horas extras, bien sea devengadas o percibidas en los días ordinarios en que prestaba el servicio de conductor el señor Mauricio Quevedo, demandante, o bien en los días festivos o dominicales pues, señora juez, está visto en la demanda se pidió esa prueba de esas guías que venimos hablando, una prueba clave, el juzgado requirió a los demandados para que en coordinación con ellos se allegaran esas guías y se facilitara por su señorita poderse pronunciar sobre esa liquidación de esas horas extras, yo vuelvo a reiterar con mucho respeto que, esa prueba entonces se puede hablar por no ser nocivo aquí o no insultar a nadie pero, ahí asoma un ocultamiento de una prueba que servía mucho para efectos de liquidar esas horas extras, si los señores demandados siempre dijeron aun cuando se hicieron las reclamaciones administrativas, como se hizo ante la entidad directamente y luego dentro del proceso fueron requeridos para que allegaran esas pruebas y no lo hicieron, debían ellos allegarla para esos efectos porque estaban en su poder, primeramente, y segundo porque no dijeron nunca que no las tenían, tercero porque lo único que adujeron para ello fue la confidencialidad en unos casos y



en la otra el volumen de los documentos como tal. Eso no es excusa para que un demandado evada el deber que tiene de colaborar con la administración de justicia a efecto de que se llegue a la verdad procesal y lógicamente al reconocimiento de los derechos del trabajador conculcados, por eso yo apelo también este sentido en la absolución respecto del reconocimiento y pago de las horas extras. Así mismo, de los reconocimientos de los valores por domingos y días festivos laborados que no fueron realmente liquidados como eran y en esto tiene que ver y se basa precisamente en ese documento clave que es las guías como tal, las guías de transporte de crudo, es que lo único que desempeñaba o lo único que tenía que hacer, la única obligación que tenía el trabajador como tal era que se le daba una guía desde el lugar de cargue hasta el lugar de destino y de acuerdo a los lugares que fuera recorriendo y de acuerdo al kilometraje que se fuera estableciendo, él lo que hacía era entregar esa guía para que se la llenaran las empresas destinatarias o beneficiarias con el transporte de crudo, y una vez hecho eso él lo que hacía era entregarlo a la empresa transportadora que es Transmeta, quien con base en esas guías elaboraba esas planillas, aunado a ello con los famosos GPS que tienen por allí o las rastreadoras satelitales que era una forma de supervisión de ese recorrido que él hacía y que juntos armonizados, guías junto con ese rastreo satelital, daban pie para que se llenaran esas planillas y con esas planillas se llenaran las horas extras. Las horas extras no corresponden excepto a las 2 horas que permita el ministerio del trabajo, que no podían pasarse de ese límite que si los paga y los pagó la empresa transportadora, pero del resto, los excedentes que se dieron no era obligación, considero con todo respeto, ni es obligación del conductor de elaborar y relacionar esas horas extras porque para eso estaba la guía, ese es el documento clave, era el documento que se debía mostrar para todos los efectos, como los señores demandados no lo allegaron pues ya lo dije anteriormente, por virtud de la prueba dinámica que se llama en donde se invierte la carga de la prueba porque se debe, como lo hizo el despacho a través de su señoría, se debe entonces requerir a quien tiene la posibilidad directa de tener ese documento y aportarlo, en este caso, la demandada Transmeta, aportarlo como tal, o sea la carga de la prueba se invierte y lo que era prueba como obligación del actor, se convierte como obligación del demandado.

En ese sentido, yo creo que no solamente se ocultó hasta donde se pudo por parte de la demandada para no contribuir a la correcta administración de justicia, sino que no se les dio soberbiamente la gana, como se dice, de aportar esas guías como eran, siendo necesario y teniéndolas ellos, y las tienen todavía en su poder. De otra parte, señora juez, pues si, en el caso de las primas esas de productividad, es lógico que tiene que ver con la empresa porque la productividad apunta en la manera en como la empresa transportadora ayuda a que haya una mayor producción en la explotación de la materia prima llamada hidrocarburo, igualmente que la otra prima de accidentalidad pues estoy de acuerdo con la interpretación que su señoría le dio, igual que al salario este de los cuatro millones setecientos y pico pues también se da una explicación y una argumentación suficiente respecto de ello. Por eso, señora juez, yo entonces interpongo recurso de apelación de acuerdo con los argumentos que he expuesto respecto de lo que son los viáticos, las horas extras, los días festivos y de descanso que no fueron cancelados como eran, todo con fundamento en un documento que, si se podían demostrar que eran las guías establecidas para ello, y que quedaba en cargo y que sigue a cargo o debió quedar a cargo de la empresa demandada.

La demandada Transmeta S.A.S., señaló:

Manifiesta el despacho que la prima extralegal de campo tiene una connotación de una retribución directa del servicio y que al haber sido determinado por el número de kilómetros recorridos, que se entiende entonces que habido dicha contraprestación directa del servicio. No obstante, como se ha expuesto desde la contestación de la demanda, los alegatos de conclusión y la prueba que se obra, es claro como la prima extralegal de campo únicamente tenía como objetivo determinar la ausencia o resarcir el daño que se le está haciendo al trabajador por no poder pasar tiempo dentro de su núcleo familiar o en su lugar de vivienda, si bien la ausencia es la misma si hay 10 kilómetros, 100 kilómetros o 1000 kilómetros como lo expuso el despacho, no es el



mismo tiempo de traslado, no es el mismo tiempo de ausencia, en el cual se va a encontrar si está a 10 kilómetros, 100 kilómetros o 1000 kilómetros, puesto que entre mas distancia va a tener mas tiempo alejado de su familia y alejado de su vivienda, y eso es lo que mi representada quería prever, quería resarcir ese daño y por eso se pactó de forma clara, como un pago no salarial que lo que buscaba únicamente era resarcir específicamente ese daño, por eso es que se ató el número de kilómetros, más que nada era para poder determinar cuánto tiempo iba a estar ajeno a su núcleo familiar y cuanto se le iba a afectar su vida normal en su lugar de vivienda. Es por ello entonces que no consideramos que se haya generado una contraprestación directa del servicio, puesto que si bien se ató a un factor objetivo, dicho factor lo único que tenía era para determinar el tiempo de ausencia del trabajador en su vivienda familiar. Ahora bien, habiendo aclarado tal punto y solicitando que se declare que dicho pago es no salarial, puesto que el demandante así mismo lo aceptó dentro de la suscripción del contrato y nunca realizó reclamación dentro del curso de la relación laboral, es necesario manifestarme respecto a la indemnización moratoria establecida, puesto que manifesté el despacho que no había actuado mi representada de buena fe, puesto que se había determinado que esa bonificación de campo era salarial, pero no tuvo en cuenta el despacho que para todos los efectos durante la relación laboral, e incluso hasta la fecha, mi representada siempre tuvo el pleno convencimiento de que lo que estaba haciendo con esa bonificación era resarcir un daño por no poder estar con su familia, en ningún momento intentó mi representada enmascarar ninguna situación, no intentó distraer, disfrazar, ni engañar a ninguna persona ni al trabajador, ni al despacho respecto a la condición del bono de campo, puesto que como se reitera mi representada siempre tuvo la intención de resarcir un daño y no de disfrazar ningún pago, es por ello que se considera que mi representada siempre ha actuado en la mejor buena fe, realizando los pagos correctamente y por ende no se debía haber condenado a la indemnización moratoria, establecida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo. Finalmente, es necesario manifestar respecto al pago de los aportes a pensión, que en la parte resolutive, el despacho determinó que se realizaron calculo actuarial por parte del fondo de pensión al cual estuviera afiliado el demandante, es necesario exponer que los cálculos actuariales no pueden proceder cuando ha habido una afiliación o una cotización, sino únicamente se podría llegar a realizar una reliquidación a los aportes adeudados, habiendo sido determinado un cálculo actuarial, esta determinación únicamente generaría un mayor perjuicio a mi representada puesto que se presumiría o se determinaría que nunca se realizó ningún aporte, y mi representada de manera cabal y con los montos que consideraba eran procedentes, realizo la totalidad de aportes a pensión. Es por ello que, no se puede llegar a determinar la existencia de un cálculo actuarial para aportes a pensión sino únicamente la reliquidación que el despacho en la parte considerativa determinó procedente. Es por ello, que de manera respetuosa le solicito al honorable tribunal del distrito judicial de Bogotá, sala laboral, de manera principal se sirva revocar en su totalidad el fallo proferido por este despacho y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, de manera subsidiaria le solicito se sirva revocar el numeral 4 y 5 de la sentencia, en la cual se condenó a los intereses moratorios y en lo que se condenó a pagar los aportes a pensión mediante un cálculo actuarial, teniendo en cuenta los argumentos expuestos dentro del presente recurso, y de segunda subsidiaria, respetuosamente le solicito al honorable tribunal se tenga en cuenta lo expuesto frente al numeral 5 frente al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión, como cálculo actuarial y se modifique ese numeral y se condene únicamente a reliquidación de los aportes, con base en lo expuesto en la parte considerativa por parte del ad quo.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como punto de inconformidad en primer lugar, determinar si hay lugar al pago de horas extras y trabajo



suplementario, de igual manera, al reconocimiento de viáticos como factor salarial, si la prima de campo ostenta tal índole salarial y de ser así, la procedencia de la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 65 del CST y finalmente determinar la figura que procede respecto de la reliquidación del pago de aportes pensionales objeto de condena en primer grado.

Para resolver lo anterior, sea lo primero señalar que en el presente no ofreció reparo que el demandante sostuvo una relación laboral con la demandada Transportes del Meta S.A.S., entre el 24 de julio de 2007 al 18 de julio de 2012, hecho este que fue aceptado por esta demandada en escrito de contestación de demanda, tampoco ofreció reparo que en virtud de la relación laboral en mención, el demandante se desempeñó como conductor de tractocamión.

Así las cosas, la Sala se referirá en primer lugar a las horas extras como puntos de reproche de la parte demandante. En cuanto a este punto y como bien lo indicó la Juez de primer grado, el tiempo de trabajo suplementario debe aparecer claramente acreditado dentro del proceso, como en efecto lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 744 de 2021, oportunidad en que señaló:

Aquí cabe anotar que esta corporación en la CSJ SL10418-2017, que reiteró lo dicho en la CSJ SL3009-2017, sobre el trabajo suplementario o de horas extras, precisó lo siguiente:

[...] el otro error endilgado, atinente a no haberse dado por demostrado los servicios prestados por el recurrente en horas extras, diurnas y nocturnas, en días ordinarios, dominicales y festivos, así como los demás días y horas no laborables, que consecencialmente conllevaría al tercer error reprochado, carece de asidero, ya que al tenor de lo previsto en los artículos 174 y 177 del CPC, de aplicación analógica al procedimiento del trabajo y de la seguridad social (art. 145 CPTSS), la decisión que edificó la sentencia acusada, debió fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siendo carga del recurrente demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el derecho reclamado, para el caso, la acreditación detallada del trabajo suplementario desplegado por el recurrente, y los dominicales y festivos laborados; aspecto que se echó de menos en el presente proceso, como razonablemente lo concluyó el Tribunal.

Sobre el tema se pronunció esta Corporación en sentencia SL3009-2017, radicado 47044 en la que la Sala dijo:



No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén. (negrilla fuera del texto original).

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se determina que sobre este punto, no le asiste razón a la parte demandante en cuanto indica que respecto de la probanza del trabajo suplementario, la carga de la prueba se invierte, pues conforme lo ha señalado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, la inversión de la carga de la prueba, se da únicamente en ciertas circunstancias señaladas por este y dicha inversión, no se da cuando se trata de demostrar el trabajo suplementario, probanza que le compete única y exclusivamente a la parte que alega su reconocimiento.

De tal manera, la parte demandante, podía hacer uso de los mecanismos que le otorga la Ley para obtener la documentación que indica no allegó la parte demandada en aras de probar dicho trabajo suplementario; como lo es el derecho de petición de documentos y en caso de la reticencia de la demandada de acceder a su petición, contaba con la acción de tutela como mecanismo idóneo para proteger tal derecho entre otros, dado que las documentales que reprocha no allegó la parte demandada no tienen el carácter de reservado y en cuanto a su argumento esbozado en alegaciones de que no se accedió por parte de la Juez de primer grado a realizar inspección judicial para acceder al contenido de la documentación contentiva del detalle de trabajo suplementario, respecto de tal decisión, contaba con los recursos previstos en la Ley procesal para controvertir la misma, no obstante no hizo uso de los mismos, razón por la cual, al haber quedado sin fundamento probatorio la pretensión bajo estudio, no hay lugar a variar la decisión en este sentido.

Prima “no constitutiva de salario”

Indica la demandada Transmeta S.A., en su recurso respecto del reconocimiento habitual de la prima “PNoCons. de Sal”, cuyo pago se verifica en la mayoría de desprendibles de nómina allegados al plenario a folios 107 a 173, que respecto de esta, se pactó con el trabajador convenio de exclusión



salarial, ya que esta no retribuía el servicio y se otorgaba al trabajador que ejerciera su labor por fuera de la ciudad para lo cual, se tenía en cuenta los kilómetros recorridos por el este, iguales argumentos expuso en su escrito de contestación de demanda.

Sobre el particular y si bien la Ley permite que la suscripción de pactos de exclusión salarial entre el trabajador y su empleador, lo cierto es que los mismos se tornan ineficaces, cuando tales sumas excluidas de dicha connotación, retribuyen el servicio del trabajador y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL656 de 2021 M.P., Gerardo Botero Zuluaga, que en dicha oportunidad indicó:

No sobra memorar lo que la Sala ha sostenido de vieja de data, sobre la facultad que tienen las partes de un contrato de trabajo en celebrar pactos de exclusión salarial, en efecto en la sentencia CSJ SL Sentencia 30 nov. 2010, rad. 35554, se sostuvo:

Sin embargo, este entendimiento del Tribunal acerca de la libre facultad de las partes de excluir el carácter salarial de cualquier beneficio percibido por el trabajador, a través de acuerdo con el empleador, tal como sería el caso de la bonificación alegada por la demandante, resulta equivocado a la luz de la jurisprudencia emitida por esta Sala, en la cual se ha sostenido que aquellas no pueden desconocer, según su libre entendimiento, la disposición del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece como salario cualquier suma que perciba el empleado como contraprestación directa del servicio, independientemente de la denominación que tenga, por lo que no puede desconocer dicha disposición para establecer como no salario una suma que retribuya de manera directa la prestación del servicio, so pena de ser ineficaz este pacto a la luz del artículo 43 del Código en mención. (negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia y contrario a lo afirmado por la demandada Transmeta S.A., en sus alegaciones, se logra determinar con claridad de la sola lectura de la justificación de tal prima que esbozó la demandada en mención en escrito de contestación de demanda, al señalar que para efectuar dicho pago, se tenía en cuenta los kilómetros recorridos por el conductor y si bien indica que tal criterio se observaba en aras de determinar el impacto que generaba en el conductor la lejanía con su familia, lo cierto es que no observa la Sala que tal relación entre el kilometraje recorrido y el impacto familiar, constituya un argumento atendible para restarle carácter salarial a dicha prima; contrario sensu para la Sala es claro que conforme a que esta se otorgaba al trabajador atendiendo al kilometraje por este recorrido en su labor de conductor, sin



duda era un ingreso que retribuía el servicio del actor y por ende, constituía factor salarial como se señaló en la decisión de primer grado, a este respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia antes mencionada en un caso seguido contra la aquí demandada Transmeta S.A., señaló respecto de la prima bajo estudio:

*Planteamientos, que no son derruidos por las pruebas enlistadas por el recurrente, ni por lo que alega este, pero además la Sala no encuentra argumento alguno tendiente a controvertirlos, **pues para ello no resulta suficiente que la censura afirme que de ninguna de las pruebas que reposan en el expediente, ni los testimonios rendidos en el proceso, es posible establecer que «los ingresos pactados como no constitutivos de salario no se ajustan a la realidad de la naturaleza del ingreso», sino que era necesario que la censura señalara al menos una prueba calificada que demostrara que efectivamente la prima cancelada al trabajador no «se liquidaba por kilómetro recorrido por el vehículo que manejaba » y cuál era el porcentaje de los gastos de viaje destinados a cubrir manutención y alojamiento, independientemente o no de lo acertado de la conclusión jurídica del Tribunal, respecto de la que nada puede decir la Sala debido a la vía por la se encauzó el ataque.***

Así las cosas al quedar determinado de manera fehaciente, que la prima “no constitutiva de salario” se pagaba al trabajador teniendo en cuenta el kilometraje que este recorría en el desempeño de su labor como conductor de tractocamión, es claro que esta retribuía el servicio, sin que se observe que tal prima tenía un origen diferente como el alegado por la demandada, pues al respecto no obra prueba alguna, debiéndose confirmar la sentencia en este punto.

Viáticos

Sobre el particular y si bien le asiste razón al recurrente en cuanto a que le correspondía a la demandada Transmeta S.A., discriminar los valores reconocidos como viáticos durante la vigencia de la relación laboral, sumas estas que certifica a folio 277 del plenario y de no ser así, tiene que reconocer como factor salarial la totalidad de las sumas pagadas por concepto de viáticos al trabajador; carga de la prueba que ha sido reiterada de antaño por la Corte Suprema de Justicia, que en reciente sentencia SL656 de 2021 a que ya se aludió, reafirmó tal criterio; lo cierto es que la documental a que ya mencionada y que certifica los pagos realizados a favor del actor por concepto de gastos de viaje, se refieren a las anualidades de 2008 a 2012, observándose que en primer grado fue declarada parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los derechos laborales causados con



anterioridad al 18 de agosto de 2012; aspecto que no ofreció reparo en el recurso de apelación.

Por lo anterior y si bien le asistiría derecho al actor a tener en cuenta los gastos de viaje certificados por su empleadora como factor salarial, lo cierto es que la reliquidación pretendida teniendo en cuenta los mismos, se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo, reliquidación que únicamente procedería respecto de los aportes pensionales ante su carácter de imprescriptible, como quiera que de la documental que certifica los mismos, no se logra establecer en qué mensualidades se recibieron tales sumas para el año 2012, lo que impide determinar si para dicha anualidad habría lugar a reliquidación alguna de las demás prestaciones, atendiendo al fenómeno prescriptivo respecto del cual indica el actor en sus alegaciones que no operaba en cuanto a la reliquidación de cesantías, afirmación que si bien es cierta, pues tal auxilio se hace exigible una vez culmina la relación laboral; lo cierto es que no manifestó tal inconformidad en su recurso y la etapa de alegaciones, no constituye oportunidad para adicionar el recurso de apelación.

Conforme lo señalado en precedencia, teniendo en cuenta las diferencias salariales determinadas en primer grado visibles a folio 856 y s.s., del plenario luego de concluir la procedencia de la reliquidación salarial y prestacional conforme al valor de la prima no constitutiva de salario, aspecto que no fue objeto de modificación atendiendo al estudio de la misma antes efectuado, se ordenará a la demandada a efectuar el reajuste de los aportes a pensión conforme las diferencias salariales resultantes luego de tener en cuenta el valor de los viáticos certificados como devengados entre el 2008 y 2012, para lo cual, se dividirán las sumas anuales certificadas por la demandada Transmeta a folio 277 del plenario en 12 mensualidades, quedando por diferencia de reliquidación de aportes, las siguientes:



AÑO 2008				AÑO 2009			
MES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL PRIMERA INSTANCIA	VALOR VIÁTICOS MENSUALES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL TOTAL	MES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL PRIMERA INSTANCIA	VALOR VIÁTICOS MENSUALES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL TOTAL
ENERO	\$850.404	\$1.027.500	\$1.877.904	ENERO	\$889.900	\$1.037.700	\$1.927.600
FEBRERO	\$721.539	\$1.027.500	\$1.749.039	FEBRERO	\$878.400	\$1.037.700	\$1.916.100
MARZO	\$717.210	\$1.027.500	\$1.744.710	MARZO	\$951.600	\$1.037.700	\$1.989.300
ABRIL	\$701.355	\$1.027.500	\$1.728.855	ABRIL	\$732.000	\$1.037.700	\$1.769.700
MAYO	\$0	\$1.027.500	\$1.027.500	MAYO	\$1.110.200	\$1.037.700	\$2.147.900
JUNIO	\$729.840	\$1.027.500	\$1.757.340	JUNIO	\$951.600	\$1.037.700	\$1.989.300
JULIO	\$732.000	\$1.027.500	\$1.759.500	JULIO	\$951.600	\$1.037.700	\$1.989.300
AGOSTO	\$878.400	\$1.027.500	\$1.905.900	AGOSTO	\$274.500	\$1.037.700	\$1.312.200
SEPTIEMBRE	\$0	\$1.027.500	\$1.027.500	SEPTIEMBRE	\$951.600	\$1.037.700	\$1.989.300
OCTUBRE	\$0	\$1.027.500	\$1.027.500	OCTUBRE	\$951.600	\$1.037.700	\$1.989.300
NOVIEMBRE	\$0	\$1.027.500	\$1.027.500	NOVIEMBRE	\$951.600	\$1.037.700	\$1.989.300
DICIEMBRE	\$878.400	\$1.027.500	\$1.905.900	DICIEMBRE	\$951.600	\$1.037.700	\$1.989.300
AÑO 2010				AÑO 2011			
MES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL PRIMERA INSTANCIA	VALOR VIÁTICOS MENSUALES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL TOTAL	MES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL PRIMERA INSTANCIA	VALOR VIÁTICOS MENSUALES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL TOTAL
ENERO	\$951.600	\$918.050	\$1.869.650	ENERO	\$600.000	\$933.125	\$1.533.125
FEBRERO	\$756.000	\$918.050	\$1.674.050	FEBRERO	\$1.003.800	\$933.125	\$1.936.925
MARZO	\$756.000	\$918.050	\$1.674.050	MARZO	\$892.200	\$933.125	\$1.825.325
ABRIL	\$900.000	\$918.050	\$1.818.050	ABRIL	\$1.001.950	\$933.125	\$1.935.075
MAYO	\$825.600	\$918.050	\$1.743.650	MAYO	\$912.850	\$933.125	\$1.845.975
JUNIO	\$950.000	\$918.050	\$1.868.050	JUNIO	\$1.008.350	\$933.125	\$1.941.475
JULIO	\$900.000	\$918.050	\$1.818.050	JULIO	\$848.950	\$933.125	\$1.782.075
AGOSTO	\$900.000	\$918.050	\$1.818.050	AGOSTO	\$1.186.100	\$933.125	\$2.119.225
SEPTIEMBRE	\$900.000	\$918.050	\$1.818.050	SEPTIEMBRE	\$1.078.250	\$933.125	\$2.011.375
OCTUBRE	\$900.000	\$918.050	\$1.818.050	OCTUBRE	\$987.850	\$933.125	\$1.920.975
NOVIEMBRE	\$334.000	\$918.050	\$1.252.050	NOVIEMBRE	\$603.500	\$933.125	\$1.536.625
DICIEMBRE	\$600.000	\$918.050	\$1.518.050	DICIEMBRE	\$1.094.750	\$933.125	\$2.027.875
AÑO 2012							
MES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL PRIMERA INSTANCIA	VALOR VIÁTICOS MENSUALES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL TOTAL	MES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL PRIMERA INSTANCIA	VALOR VIÁTICOS MENSUALES	DIFERENCIAS BASE SALARIAL TOTAL
ENERO	\$334.400	\$887.555	\$1.221.955				
FEBRERO	\$885.860	\$887.555	\$1.773.415				
MARZO	\$792.000	\$887.555	\$1.679.555				
ABRIL	\$880.300	\$887.555	\$1.767.855				
MAYO	\$742.280	\$887.555	\$1.629.835				
JUNIO	\$843.235	\$887.555	\$1.730.790				
JULIO	\$781.720	\$887.555	\$1.669.275				
AGOSTO	\$961.740	\$887.555	\$1.849.295				
SEPTIEMBRE	\$666.160	\$887.555	\$1.553.715				

Determinado lo anterior y como quiera que el demandante alegó diferencia salarial en el pago de aportes a pensión, más no indicó que su empleador demandado Transmeta S.A., hubiera incurrido en omisión en la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, afiliación y pago de aportes que se verifican en planillas allegadas y visibles a folios 195 a 207 del plenario, como bien lo indica la parte demandada en su recurso, la consecuencia del pago defectuoso de aportes pensionales es la reliquidación de los mismos y no el pago de cálculo actuarial como erradamente lo ordenó la decisión de primer grado, pues este último tiene cabida ante la omisión en la afiliación, lo que no ocurre en el presente, pues nunca se alegó tal circunstancia, de tal manera, se **modificará** el numeral QUINTO de sentencia recurrida, en el



sentido de CONDENAR a la demandada Transmeta S.A., al pago de **reajustes pensionales** a Porvenir S.A., teniendo en cuenta las diferencias salariales antes descritas, indicando que las señaladas con anterioridad al año 2008, en primera instancia, se mantienen incólumes.

Indemnización moratoria – estudio del actuar de la demandada Transmeta.

Indica esta demandada en recurso que su actuar no estuvo provisto de mala fe como quiera que el actor sin presión alguna, manifestó estar de acuerdo con el pacto de exclusión salarial que versó sobre la prima extralegal a él reconocida. Al respecto, observa la Sala que este es el único argumento que exhibe la parte demandada en aras de justificar su actuar encaminado a desconocer el carácter salarial de dicha prima que como se señaló al abordar su estudio, sin duda retribuía el servicio del actor; aunado a que también desconoció el carácter salarial que ostentaban los viáticos pagados por ella en los términos del artículo 130 del CST, como quiera que en ninguno de los comprobantes de nómina se observan estos como pagados al actor y aunado a ello, tampoco cumplió con su carga de discriminarlos.

Así las cosas el argumento esbozado por la parte demandada para indicar que su actuar, mediante el cual desconoció la incidencia salarial de la prima extralegal y los viáticos pagados al actor, no resulta suficiente para ubicar tal desconocimiento en el campo de la buena fe, ya que la aceptación del pacto de exclusión salarial, no cumple con el efecto pretendido, pues como se señaló en aparte pertinente, tales aceptaciones por parte del trabajador, se tornan ineficaces cuando no obedecen a la realidad como ocurrió en esta oportunidad, pues en el plano real, la prima extralegal, se itera, sin duda alguna retribuía el servicio del actor y su incidencia salarial se pretendió desconocer con dicho pacto, quedando así determinado el actuar de mala fe de la demandada, razón por la cual, deberá efectuar el pago de dicha indemnización en la forma indicada en primer grado.

Por último y si bien la parte demandante, reprocha la forma de liquidar dicha indemnización en sus alegaciones, lo cierto es que no expuso tal



inconformidad en su recurso de apelación, razón por la cual, la Sala no se referirá a tal reproche en los términos del artículo 66A del CPTSS.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de sentencia recurrida, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada Transmeta S.A., al pago de **reajustes pensionales** a Porvenir S.A., teniendo en cuenta las diferencias salariales descritas en la parte pertinente de este pronunciamiento, indicando que las señaladas con anterioridad al año 2008, en primera instancia, se mantienen incólumes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29-2015-693-01 Dte: MAURICIO QUEVEDO HERNÁNDEZ Ddo.:
TRANSPORTADORA DEL META S.A.S.**


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL ADELANTADO POR MARTHA
PIEDAD PALACIOS BAZZANI VS TERCIOPELOS Y PELUCHES LTDA
TERPEL Y COLPENSIONES RAD 27-2017-689-01**

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

ALEGATOS

Durante el término concedido por la Sala, el apoderado de la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión.

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el día dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020), en cuya virtud se declaró **parcialmente** probada la excepción de pleito pendiente frente a algunas pretensiones incoadas contra la demandada TERCIOPELOS Y PEUCHES LTDA, ordenando continuar el proceso contra COLPENSIONES y la demandada ya mencionada por las demás pretensiones. (fls 649 y Siguietes).

HECHOS

La señora **MARTHA PIEDAD PALACIOS BAZZANI**, actuado mediante apoderado judicial, presentó inicialmente, demanda ordinaria laboral, contra **COLPENSIONES**, para que mediante el tramite de un proceso ordinario

laboral se le condenará al reconocimiento y pago de pensión de vejez, intereses moratorios, indexación daños morales, extra y ultra petita. En forma subsidiaria solicitó el pago de retroactivo pensional, daño material por inducir a la demandante a seguir cotizando y daños materiales. (fls 2 al 11).

Posteriormente mediante reforma de la demanda incluye como demandada a la empresa TERCIOPELOS Y PELUCHES LTDA TERPEL, solicitando específicamente en cuanto a esta persona jurídica se le condene **al pago de los perjuicios ocasionados por afiliación extemporánea y por el no pago de aportes, a los que fue condenada en otro proceso.** De manera subsidiaria solicita se le condena a **hacer la afiliación extemporánea, al pago de calculo actuarial.** (fls 77 al 90).

Al contestar la demanda la parte accionada; propuso entre otras la excepción previa de pleito pendiente.

Mediante la decisión ya enunciada se declaró parcialmente probada

Para llegar a esta decisión la Juez manifestó en síntesis lo siguiente: *"...Propuso Colpensiones la excepción previa de pleito pendiente con el argumento que en la actualidad cursa un proceso ejecutivo entre la Señora Marta Piedad Palacios Basani y Terciopelos y peluches Ltda. Que tiene como objeto obtener el pago de unas acreencias laborales y de unos aportes a pensión, proceso que cursa en el juzgado 16 laboral del circuito Bogotá bajo el radicado numero 2015 976 razón por la cual solicita resolver favorablemente esta excepción.*

A efectos de resolver la excepción se tiene en cuenta lo siguiente; el artículo 100 del código general del proceso señala, salvo disposición en contrario el demandado podrá proponer las excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda las siguientes excepciones previas, numeral Octavo pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, respecto de esta excepción el tratadista Hernán Fabio López Blanco en su libro procedimiento civil explico lo siguiente, en efecto cuando entré unas mismas partes y por idénticas pretensiones se tramita un juicio y que aún no ha finalizado y que promueve otro, surge la posibilidad de proponer la excepción llamada litispendencia, la cual como dice la corte se propone para evitar los juicios paralelos y con nivel de riesgo de producirse sentencias contradictorias, para que el pleito pendiente puede asistir se requiere; Primero, que exista otro proceso en curso. Segundo, que las partes sean unas mismas. Tercero, que las pretensiones sean idénticas y Cuatro, que por ser la misma causa estén soportadas en iguales hechos.

En el caso que nos ocupa, encuentra esta juzgadora que en efecto militó un proceso ordinario laboral de primera instancia qué curso en el juzgado noveno laboral de descongestión del circuito de Bogotá y posteriormente en

el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá sala laboral bajo el radicado numero 2010 392, proceso que a solicitud de parte fue compensado como ejecutivo bajo el radicado número 2015 976 que se encuentra en curso en el juzgado 16 laboral del circuito Bogotá, cómo se verifica folios 12 al 37 y 188 al 638 del plenario. Asimismo respecto a la identidad de partes, se advierte que tanto en el proceso ejecutivo 2015 976 como en el presente proceso obra como demandante la señora Martha Piedad Palacios Basani y cómo demandada la sociedad Terciopelos y Peluches Ltda. En cuanto a las pretensiones y hechos de la demanda, observa el despacho que en el presente proceso la demandante solicitó que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, teniendo en cuenta para el conteo de semanas de cotización los periodos sometidos por la empresa empleadora Terciopelos y Peluches Ltda. Comprendidos entre el 15 de julio de 1994 y el 31 de diciembre de 1997, 01 de Mayo de 1998 al 30 de septiembre de 1998 y 01 de noviembre de 1998 al 7 de junio 2007, toda vez que tal como lo manifestó la demandante en el libelo de mandatorio, dichos periodos fueron objeto de condena en el proceso ordinario laboral 2010 392, como consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo con la sociedad antes mencionada. Ahora bien, en el proceso ejecutivo laboral 2015 976 qué cursa en el juzgado 16 laboral del circuito de Bogotá, el día 30 de marzo 2016 se libro mandamiento de pago en contra de la sociedad Terciopelos y Peluches Terpel Ltda. a favor de la señora Palacios Basani por entre otros el siguiente concepto “obligación de hacer, por concepto de cotizaciones en pensión al fondo que acredita la demandante correspondiente a los periodos comprendidos entre el 15 de julio de 1994 al 7 de junio 2007 a excepción de los periodos 01 de enero del 98 a 30 de abril 98 y 01 de Octubre del 98 al 31 de Octubre del 98 sobre la base del salario definido en la sentencia del ordinario” folio 192 al 195 del plenario. Mediante auto del 02 de septiembre de 2016, se ordenó seguir adelante con la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento de pago de fecha 30 de marzo de 2016 folio 230 y mediante auto del 27 de Julio 2017 se dispuso requerir a Terciopelos y Peluches Terpel Ltda. para que acreditara el cumplimiento de la obligación de hacer contenida en el literal W del mandamiento de pago, providencia que si bien fue recurrida por la parte ejecutante, quedó en firme por cuanto la sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá la confirmo en su totalidad cómo se verifica a folio 612 al 636 del plenario y actualmente se encuentra el despacho con solicitud de fecha de remate.

Así las cosas, advierte esta juzgadora que si bien en el proceso ejecutivo que cursa en el juzgado 16 laboral del circuito de Bogotá no se solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, ni tampoco obra como extremo pasivo la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, lo cierto es que en dicho proceso se encuentra en curso un mandamiento de pago con el fin de que la sociedad Terciopelo y Peluches Ltda. Efectué a favor de la señora Marta Piedad Palacios Basani el pago de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, por unos periodos que la señora palacios Basani pretende sean tenidos en cuenta en el presente proceso ordinario laboral para acreditar el requisito de semanas exigido por la ley y así obtener el reconocimiento y pago de la prestación pensional, hechos y pretensiones que son conexas, pues en reconocimiento de la pensión de vejez solicitado en el presente proceso se encuentra supeditado a que la sociedad Terciopelo y Peluches Ltda acredite el pago de los mismo periodos de cotización que fueron objeto de codena en el proceso ordinario y del mandamiento de pago en contra de la misma demandada en el proceso

ejecutivo laboral 2015 976 obligación a cargo de la empresa empleadora que esta juzgadora no puede obviar ni mucho menos asumir por el hecho de que la orden ya está dada por un órgano judicial deba imponerse a Colpensiones la carga de reconocer la pensión incluyendo tales semanas de cotización, pues lo cierto es que el dinero correspondiente a ellas no ha ingresado al sistema general de seguridad social en pensiones y que se está adelantando el proceso judicial para obtener el pago de las mismas. Asimismo, considera esta juzgadora que la Señora Marta Piedad Palacios Basani cuenta con las herramientas jurídicas para materializar la orden dada por el juzgado 16 laboral del circuito de Bogotá, pues el proceso ejecutivo laboral se encuentra en curso y la sociedad Terciopelos y Peluches Ltda. existe en el mundo jurídico y sólo hasta que se haya acreditado el pago los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor de la demandante, puede verificarse si existen obligación de Colpensiones de pagar la pensión de vejez a la señora Palacios Basani teniendo en cuenta en su análisis las semanas de cotización que dejo de cancelar oportunamente Terciopelos y Peluches Ltda. no obstante lo anterior la excepción solamente se puede declarar parcialmente probada y en la medida en que el proceso debe continuar en contra de Colpensiones por cuanto la pretensión de la pensión de vejez no ha sido estudiada en ningún otro proceso, lo que ocurre es que para efectos de verificar esa pretensión principal pues no se podrá tener en cuenta lo que aún está en discusión en el proceso ejecutivo en relación con Terciopelos y Peluches Ltda. razones suficientes para concluir que se encuentran configurados los requisitos para declarar parcialmente probada la excepción de pleito pendiente frente a la sociedad Terciopelos y Peluches Ltda. y solamente respecto de las pretensiones quinta condenatoria principal y todas las pretensiones subsidiarias y se ordena continuar el proceso únicamente en contra Colpensiones y por el resto de las pretensiones formuladas, la anterior decisión queda notificada en estrados.

Inconforme con esta decisión la parte actora interpuso recurso manifestando: *“..Me permito presentar recurso de apelación contra el auto interlocutorio que usted acaba de emitir en el cual declara parcialmente la prosperidad de la excepción previa de pleito pendiente, inició mi recurso fundamentando la siguiente forma; como usted lo manifestó y lo estableció para poder hablar de pleito pendiente hay que cumplir unos requisitos y mencionó el tratadista blanco, coincidimos totalmente en todos, a excepción de uno qué son las pruebas, es decir, que tienen que existir dos procesos primero, las mismas partes segundo, mismas pretensiones y tercero tienen que tratarse los mismos hechos, como finalmente usted lo señala y lo que yo considero qué hay que agregar lo que es, las mismas pruebas, para hablar de pleito pendiente y aquí no coincide eso su señoría, muy respetuosamente me apartó de su decisión y son procesos totalmente diferentes y se admite arranquemos de las pretensiones, vamos a observar las pretensiones que se presentan en la demanda que tengo acá; manifiesta y expresa, por un lado estamos hablando de pretensiones declarativas y a su vez tenemos declaraciones de condena y miramos las obligaciones. Voy a entrar directamente al expediente que ustedes me enviaron digitalmente y respecto a la demanda ejecutiva en la cual habla de lo correspondiente a lo que dicta mandamiento ejecutivo y eso lo vamos a encontrar en el folio 244 del expediente que ustedes me han enviado digitalmente, lo estoy mirando y ubicando para poderme apoyar y literalmente señalar sobre que apunta este mandamiento de pago que es el reflejo de las pretensiones de la demanda y dice en la página 244 del expediente en pdf igual en físico observo que es la página 143 para dar claridad, resuelve primero librar mandamiento de pago*

por la vía ejecutiva laboral en contra de la sociedad Terciopelo y Peluches Terpel Ltda. Y solidariamente, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta providencia, acredita el cumplimiento de la obligación reconocida a favor de la señora Marta Piedad Palacios por los siguientes conceptos; Primero, obligación de pagar sumas de dinero y establece 22 sumas de dinero, todas correspondientes al pago de la relación laboral tales como 98.700 por concepto de cesantías, esto respecto a la obligación de pagar sumas de dinero, todas estas sumas de dinero que acabo de enunciar se desprende de la relación laboral la cual fue demostrada y condenada. Segundo, obligación de hacer W por concepto de cotizaciones en pensión al fondo que acredite la demandante correspondientes a los periodos comprendidos entre el 15 de Julio del 94 al 07 de Junio de 2007, a excepción de los periodos entre en 01 de Enero del 98 al 30 de Abril del 98 y el 01 de Octubre del 98 al 31 de Octubre del 98 sobre base del salario definido en la sentencia ordinaria, entonces observamos aquí una gran diferencia porque aquí habla de la primera obligación o el primer mandamiento de pago que se establece sobre sumas de dinero, sobre la existencia en la relación laboral que no coinciden con ninguna de las pretensiones ni hechos de la demanda presentaba ante este despacho. La otra que es la obligación de hacer, que podría coincidir o coincidiría parcialmente es respecto a que obliga a pagar unas semanas de cotización por el tiempo señalado, pero aquí esta la gran diferencia y es que, primero y en conclusión no son las mismas pretensiones, no cumple con el principio que se establece por nuestra jurisprudencia, por la doctrina y este tratadista que señala usted, en segunda conclusión no son los mismo hechos y tercera conclusión no son las mismas pruebas. Entonces, solo existe una coincidencia y es en que se señala en el fallo inicial del juzgado Noveno laboral y que ahora cursa la demanda ejecutiva del juzgado 16, esto es una obligación de hacer y es el pago de una seguridad social, pero resulta de que esta sentencia si no estoy mal, me voy a los hechos de la demanda emitida en el 2015 2016, esto fue sentencia de aproximadamente de 2013, la sentencia de los hechos presentes se encuentran principalmente ejecutoriadas, dice el Octavo de nuestra demanda, mi poderdante del 21 de Julio del 2016 solicito el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante Colpensiones, Colpensiones mediante resolución GNR 350977 al 23 de Noviembre del 2016 negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Decimo, el argumento que dio Colpensiones en la resolución anteriormente señalada del 23 de Noviembre del 2016 fue que se debía una serie de documentos para la liquidación del cálculo actuarial, el primer elemento de juicio en el cual este despacho se equivoca es que dice, que la misma identidad se ha negado a pagar o reconocer porque este pendiente un pago o por que exista una condena que no se haya pagado, si no que la obligación es establecer el cálculo actuarial y el pago, posteriormente, después de la emisión del cálculo actuarial se le entrega a la persona competente, en este caso a la empresa condenada Terpel Terciopelos, sigue diciendo los hechos de la demanda que es lo que hay que mirar de forma concreta, mi poderdante mediante escrito de fecha de 06 de Diciembre de 2016 presento recurso de reposición en subsidio de apelación en contra de la resolución GNR 35977del 23 de Noviembre del 2016, solicitando fuera revocado la misma y se iniciaron las acciones de cobro. Aquí hay un elemento nuevo que ya iniciamos porque éramos los apoderados en su momento de la señora Marta y le indicamos ustedes ya tiene conocimiento de la existencia de una sentencia y es una sentencia ejecutoriada, emitida tanto por el juez de primera instancia, juzgados laborales del circuito, como del tribunal superior y el tribunal superior condena a pagar estas semanas y qué dice nuestra jurisprudencia que apenas la entidad tiene conocimiento de la existencia de

esta situación tiene que iniciar acciones de cobro, hoy estamos en año 2020, desde el año 2019 al 2020 Colpensiones nunca ha iniciado una acción de cobro, sino que lo que ha hecho todo lo contrario y es dilatar el proceso, continuemos mirando porque se dice que dilatar el proceso a la fecha Colpensiones no ha dado respuesta al recurso presentado operando de tal manera el silencio administrativo negativo, la señora Marta Piedad Palacios tiene para ello, tiene efectivamente cotizadas a Colpensiones un total de 941 semanas y con las semanas reconocidas automáticamente pues tendríamos ya las respectivas semanas tanto para adquirir la pensión, como para cumplir la transición y extender la transición hasta el año 2014. Conforme a lo condenado por el Juzgado Noveno Laboral, la empresa Terciopelo debe pagar los aportes a pensión, pero que es lo que ocurre, ya Colpensiones como tal tiene conocimiento del respectivo falló y nunca inició acciones y dice la señora juez en su decisión lo que ocurre es que mientras que no se pague no podemos mirar ni acceder a la deposición de la pensión. Finalmente, en su decisión dice que reconoce parcialmente la excepción dice que sólo van a mirar para el reconocimiento las semanas cotizadas sin excepción de la empresa demandada Terpel Terciopelo, señores magistrados resulta que efectivamente sin estas semanas de cotización mi poderdante no puede adquirir el derecho a la pensión porque son casi más de 10 años y esto le permitiría primero acceder al régimen de transición, segundo superar o cumplir los requisitos del acto legislativo, que permiten extender hasta el 2014 y los requisitos de exigencia para poderse pensionar de lo contrario no lo va a lograr, entonces vamos a suponer hipotéticamente cómo ha pasado, que desde el año 2016 Colpensiones tiene conocimiento desde el año 2016 mi poderdante ha iniciado las respectivas acciones en contra de Colpensiones para que reconozcan, y Colpensiones inicialmente emite y dice hay que cumplir cualquier, allegar unos documentos para el cálculo actuarial de estos documentos se le da traslado y dando conocimiento la empresa demandada Terpel Terciopelo, hay pruebas que lo demuestran y a la fecha la empresa no ha llegado esa información y sin esta información Colpensiones no recibe ni hace el cálculo actuarial entonces preguntamos señores magistrados del tribunal superior de Bogotá, si y el proceso dura cinco años más seis años más y la empresa Terciopelos Terpel no da el cálculo actuarial Colpensiones se queda totalmente quieta es legal esta situación y mientras tanto continuó el proceso el que estamos acá cursando porque se declaró parcialmente la excepción de pleito pendiente el resultado que va de uno a dos años porque este despacho así tiene su precedente y es negarla porque no cumple con las semanas y más aún si acaba rectificar porque dice que no las va a tener en cuenta porque toda esta pendiente de pago. entonces nunca se va a pensionar mi poderdante y vamos a mirar si este dinero que tiene se alcanza y bien, no alcanza para pagar todas obligaciones porque mi poderdante es la única acreedora de los señores, entonces señores magistrados aquí se está cometiendo injusticias segundo un error por parte del despacho de primera instancia al señala que se cumplen los requisitos, los requisitos no se cumplen como lo dije inicialmente no coinciden todas la exigencias no hay una identidad para hablar del pleito pendiente, además si existiera ya Colpensiones está en la obligación de reconocer la pensión porque nunca iniciaron las acciones de cobro están totalmente quietos para qué para combinar para obligar al empleador este caso en terciopelo a que llevé y hagan el respectivo aporte, primero la información para hacer el cálculo actuarial y después de que tenga dinero paguen. Además la obligación establecida es una vez se establezca al cálculo actuarial y no tengan el dinero suficiente Colpensiones tiene que convertirse acreedor porque este empresa si bien es cierto se encuentra

legalmente constituida y vigente se encuentran un proceso de liquidación y entonces es ahí donde Colpensiones tiene que entrar para no afectar a mi poderdante, porque es responsabilidad del fondo de pensiones de acuerdo a la jurisprudencia de la honorable corte suprema de justicia y la corte constitucional, y es que no se pueda afectar la parte más débil como se está haciendo con esta decisión por parte este juzgado que ha tomado esta decisión y es hasta que no se pague pues Colpensiones no se puede llamar. claro que se puede llamar es responsable tenía conocimiento y no ha hecho ni una acción, ninguna actividad legal para obligar a que Terciopelos llegue y reconozca el cálculo actuarial y lo consigne, diferente sería que Colpensiones en este momento llegue y diga "tenemos problemas, yo no estaba enterado de esta situación, yo no tenía conocimiento y hubo un proceso ordinario en el juzgado noveno y hay un proceso ejecutivo en el juzgado 16 y yo no tenía conocimiento" no, ya estaba enterado y no ha dicho absolutamente nada, ni siquiera ha dado respuesta al recurso legal presentado por mi poderdante, entonces consideramos señores magistrados. Primero y repito, que no se cumplen con los requisitos de identidad de partes, de hechos, pretensiones y pruebas para que hablemos de la procedencia de esta excepción de pleito pendiente y Segundo, es necesario que continúe y que se obligue a Colpensiones a reconocer la respectiva pensión y es necesario que no prospere y que el proceso continúe y que se tenga reconocido estas semanas, este proceso ya tiene más de 12 años en un proceso ordinario en el cual ya obligo y se estableció que tiene que pagar esa respectiva pensión estas semanas y a la fecha no lo han hecho, entonces cuantos años mas tiene que esperar mi poderdante señores magistrados, por eso entonces deben continuar, responder y obligar o cambiar la decisión por parte del juez de primera instancia indicándole que no es procedente y que Colpensiones tiene que entrar a responder y realizar las acciones pertinentes, pertinentes para que se le entre a culminar a la entidad para que ella pague o ponemos primero los requisitos para el cálculo actuarial y en su defecto entre a pagarlo, porque puede ocurrir que si no se le establece esta obligación o no se le pronuncia en el recurso de apelación por parte de nuestro superior en este caso ustedes señores magistrados pues entonces el fallo de primera instancia va a ser absolutorio porque no se van a tener en cuenta las semanas que ya fueron identificadas por un juez laboral, es decir, ya se gastaron mas de 10 años tanto primera como segunda instancia, ya estuvo también el tribunal y si hay que tener esas semanas, entonces es un problema interno entre Colpensiones y el empleador, que tiene que iniciar ellos las acciones internamente y no desconocer a mi poderdante para que la resolución o decisión del auto interlocutorio que emita este juez, ustedes como superiores conminen a que continúe el proceso con la totalidad de las pretensiones y que no quede exceptuado de nada, y que en su defecto terminado este proceso quedando acreditado que no han pagado, pues se condena a Colpensiones y no incurramos en lo mismo, terminamos el proceso terminamos una condena puede ser parcial y mi poderdante sigue sin disfrutar de la pensión, es un persona que tiene ya casi 60 años de edad y no ha podido disfrutarlo porque lleva ya 12 años en procesos judiciales, estando el derecho pero desafortunadamente por una irresponsabilidad de la empresa que no ha querido pagar y el seguro social que tampoco ha hecho efectivos sus mecanismos coactivos de embargar, de hacer un embargo prevalente. Prima más que el trabajador, porque primero está la DIAN los impuestos del estado y después si conseguimos vamos al segundo renglón que es el trabajador, ellos pueden organizar las acciones ejecutivas y el cobro coactivo como se conoce y fácilmente puede conllevar a la liquidación más rápida y a su pago, entonces por estas razones señores magistrados

mis argumentos es revocar en su totalidad la decisión emitida por el juzgado 27 laboral y en su defecto se niegue esta excepción, que se continúe con el proceso y se decreten las respectivas pruebas pero sobre todo que se deje muy claro la parte motiva de su decisión y es que Colpensiones está llamado a responder porque no ha iniciado el cobro coactivo correspondiente y tiene que reconocer y pagar la pensión en el evento o en el defecto que el proceso ejecutivo siga y esta empresa no haya querido reconocer o pagar el cálculo actuarial pertinente”

CONSIDERACIONES

El Artículo 97 del C.P.C numeral 10 hoy 100 del CGP, numeral 8 establece la excepción de

“ Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.”

El A – quo al resolver la excepción planteada, específicamente la de Pleito Pendiente, consideró que el pago de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, se encuentra pendiente de resolver en un proceso ejecutivo y por unos periodos que la demandante pretende sean tenidos en cuenta en este nuevo proceso ordinario laboral para acreditar el requisito de semanas exigido por la ley y así obtener el reconocimiento y pago de la prestación pensional, hechos y pretensiones que son conexas. No obstante declaró solo parcialmente probada la excepción indicando que el proceso debe continuar en contra de Colpensiones por cuanto la pretensión de la pensión de vejez no ha sido estudiada en ningún otro proceso y aclarando que lo que ocurre es que para efectos de verificar esa pretensión principal, no se podrá tener en cuenta lo que aún está en discusión en el proceso ejecutivo en relación con Terciopeplos y Peluches Ltda, razón por la que, se itera, solo la declaró parcialmente probada frente a la sociedad Terciopeplos y Peluches Ltda y respecto de las pretensiones quinta condenatoria principal y todas las pretensiones subsidiarias.

Sin embargo no tuvo en cuenta la Juez que la pretensión quinta principal no se refiere al pago de aportes o cálculo actuarial, sino al **pago de perjuicios ocasionados con la falta de afiliación y no pago de aportes,** pretensión que no fue la debatida en el proceso anterior ni es la que se encuentra pendiente de resolver en el ejecutivo, y que independientemente de su procedencia o no, lo que solo se resolverá en la sentencia debe ser

analizada, pues es una pretensión nueva y se insiste diferente. Lo mismo sucede con las subsidiarias todas estas, que aunque incluso por su redacción podría pensarse son las mismas ya resueltas y pendientes de ejecución, no lo son porque se relacionan con declaraciones de inducción en error por parte de COLPENSIONES y otras que de todas formas serán resueltas en la sentencia toda vez que la Juez ordenó continuar el proceso con esta entidad y ello no fue objeto de reproche, sin que pueda decirse que las solicitadas a TERCIOPELOS Y PELUCHES LTDA TERPEL, se encuentren pendientes de resolver en el ejecutivo, pues en todo caso si así se aceptará ya estarían en últimas definidas, luego no es la excepción de pleito pendiente la llamada a prosperar.

Así las cosas es claro que no se existe identidad de asunto, aspecto elemental para que prospere la excepción de pleito pendiente y en consecuencia se impone REVOCAR el auto apelado para en su lugar ordenar se continúe con el trámite frente a las dos demandadas y en cuanto a lo incoado para cada una de ellas en su totalidad.

Costas no se causan en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral,

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR el auto apelado Y EN SU LUGAR SE ORDENA CONTINUAR CON EL TRAMITE FRENTE A LAS DOS DEMANDADAS PARA TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSK