



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2019-000066-01

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JUAN CARLOS MILLAN GUTIERREZ
DEMANDADO: JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS
ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada (fls. 218 a 224) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JUAN CARLOS MILLAN GUTIERREZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 6 y 7):

PRINCIPALES:

- 1) Que se declare que entre JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS y el señor JUAN CARLOS MILLAN GUTIERREZ existió un contrato de trabajo escrito a término fijo entre el 20 de junio de 2017 al 07 de julio de 2018.
- 2) Declarar que la empresa JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato laboral a término fijo (relacionado en la pretensión anterior) el día 07 de julio de 2018, a pesar de que el demandante estaba sujeto a una especial protección laboral por sus limitaciones y enfermedades de origen laboral.
- 3) Ordenar a la demandada JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS a reintegrar laboralmente de forma definitiva al señor JUAN CARLOS MILLAN GUTIÉRREZ, en un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando que cuando fue despedido, y que sea compatible con sus condiciones actuales de salud, atendiendo las recomendaciones médicas laborales.
- 4) Ordenar a la demandada JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS a pagar al actor los salarios, prestaciones laborales y sociales que legalmente le correspondan desde cuando se produjo la desvinculación hasta el reintegro.
- 5) Costas procesales

SUBSIDIARIAS:

- 1) De no prosperar la pretensión de los numerales tercero y cuarto, se ordene a la demandada JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS a pagar al actor la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es decir, a una indemnización equivalente a 180 días de salario por haber sido despedido o su contrato terminado por razón de su limitación.
- 2) Costas procesales.

La sociedad JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS contestó la demanda (fls. 101 a 161), de acuerdo al auto visible a folio 163. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 26 de noviembre de 2020. **DECLARÓ** que entre el señor JUAN CARLOS MILLAN

GUTIERREZ y la empresa demandada JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2017 y que tuvo vigencia hasta el 13 de julio de 2018. **ABSOLVIÓ** a la parte demandada JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA SAS de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción, y en estos términos **DECLARÓ** demostradas las excepciones de inexistencia del fuero de estabilidad por salud, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación propuestas por la parte demandada. No condenar en costas a favor o en contra de ninguna de las partes, dado el amparo de pobreza que se decretó a favor del señor demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que contrario *sensu* a lo que dice el Juez de primera instancia, la Corte Constitucional en sentencia 327 de 2017, si ha considerado la Estabilidad Laboral reforzada como un derecho fundamental, del cual son titulares las personas en situación de discapacidad, y las personas que en el ámbito de la relación laboral se encuentran en situación de debilidad manifiesta originada en una afectación significativa en su salud, es así que se encuentra en desacuerdo con que se diga que el derecho a la estabilidad no es ilimitado, puesto que se ha dicho que si es ilimitado. Ahora bien, lo que hace el Art. 26 de la Ley 361 de 1997 es proteger la vulnerabilidad del trabajador, no como se ha dicho, que es simplemente no demostrar que se despidió a causa de su estado de enfermedad o su estado de incapacidad, sino que por el contrario lo que se ha dicho es proteger su vulnerabilidad, en este caso, el demandante estaba vulnerable, estaba en tratamiento médico que no se había terminado y que contaba con recomendaciones laborales. Sí esto fuese así, no se entiende porque el decir de la empresa de haber prorrogado el contrato por un derecho constitucional, cuando éstas prorrogas las hacía porque estaba incapacitado el demandante, porque sabían que no podían despedirlo en razón de este artículo. Y si bien el Juzgado señaló que fue despedido con

anterioridad al accidente de trabajo, se le había avisado con anterioridad que el contrato se iba a terminar, entonces porque fue prorrogado en sus incapacidades, porque sabía que no lo podía despedir, pues tenía que proteger la vulnerabilidad del trabajador, vulnerabilidad que no cambió cuando se terminaron sus incapacidades, al contrario, la vulnerabilidad siguió y tan es así que fue calificado y fueron dadas recomendaciones laborales, y su diagnóstico de enfermedad cambió, siendo mucho más grave a la que inicialmente se le había diagnosticado.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente ordenar el reintegro del señor JUAN CARLOS MILLAN GUTIERREZ al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** De manera subsidiaria, la indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante JUAN CARLOS MILLAN GUTIERREZ suscribió un contrato a término fijo de duración inferior a un año por el término inicial de 6 meses con la sociedad JERONIMO MARTINS COLOMBIA SAS desde el **20 de junio de 2017** para desempeñar el cargo de SUPERVISOR DE TIENDA, devengando un salario de \$1.800.000, conforme el contrato individual de trabajo visible a folios 16 a 21, que se mantuvo vigente hasta el **19 de junio de 2018**, y se dio por terminado mediante comunicación del 15 de mayo de 2018, en la que la

demandada le informó al actor su decisión de no prorrogar el contrato de trabajo, por lo que este finalizaría el 19 de junio de 2018 (fl. 121).

Posteriormente, conforme la misiva del 19 de junio de 2018 con fundamento en el numeral 2º del artículo 46 del CST, se prorrogó el contrato de trabajo por el término de 9 días contados a partir del día **19 de junio de 2018** hasta el **27 de junio de 2018**, fecha en la cual el contrato terminará de acuerdo con lo dispuesto en el literal c) del artículo 51 del CST, y de acuerdo al artículo 1º del Decreto 1127 de 1991, al tratarse de una prórroga inferior a 60 días, no requiere de preaviso alguno para su terminación (fl. 22).

Finalmente, mediante comunicación del 6 de julio de 2018, la sociedad JERONIMO MARTINS COLOMBIA SAS le informó al demandante que si bien inicialmente el vínculo laboral estaría vigente hasta el 20 de junio de 2018, al recibir una incapacidad cuya vigencia excedía la fecha de terminación del contrato de trabajo, se había decidido extender dicha vigencia hasta el 27 de junio de 2018, sin embargo, al recibir prórroga de la incapacidad antes mencionada hasta el día 07 de julio de 2018, la Compañía demandada decidió mantener su contrato vigente hasta el día viernes **13 de julio de 2018**, dando aplicación a lo establecido en el artículo 140 del CST, quedando relevado de prestar los servicios a la accionada a partir del 08 de julio de 2018 y hasta el 13 de julio de 2018, fecha efectiva de terminación de su relación laboral (fl. 23).

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

El conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda y el recurso de apelación incoado por la parte demandante, que la sociedad JERONIMO MARTINS COLOMBIA SAS terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por duración de seis meses, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de las condiciones especiales de salud del actor laboral.

Ahora bien, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber

sido despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Sea lo primero indicar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b)** “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral **c)** “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo”. Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub-lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar

libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n.º 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, pertinente para resolver si el empleador conocía el estado de salud del trabajador, reposa concepto médico ocupacional, historia clínica en salud ocupacional (y 46 – 49). Respuesta a derecho de petición radicado

ante SEGUROS BOLIVAR, la cual le informó al actor que las incapacidades médicas son emitidas por especialistas médico que lo valora en cada control y éstas se emiten de acuerdo a criterio del especialista, evidenciándose que efectivamente se le han otorgado incapacidades médicas y en cuanto a las recomendaciones laborales, éstas no fueron emitidas porque mientras permanece incapacitado, no las requiere porque no debe estar trabajando. Así mismo, le indicaron al actor que no es procedente calificar su PCL, por cuanto para proceder a determinar el grado de pérdida de capacidad laboral debe finalizar el proceso de rehabilitación integral, a lo cual se encuentra en tratamiento activo, es necesario que continúe con su proceso de cirugía, o haber transcurrido 540 días de haber ocurrido el accidente, a lo cual se tiene que el accidente ocurrió el 9 de enero de 2016, es así que desde dicha data a la fecha no habían transcurridos los 540 días situación que impide que a la fecha haya alcanzado la mejoría médica máxima para proceder a realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral (fls. 53 y 54).

Remisión a examen médico de egreso (fl. 123), liquidación definitiva de prestaciones sociales (fl. 122), informe de accidente de trabajo ocurrido el 13 de junio de 2018 dentro de las instalaciones de la empresa, en ejecución de su jornada laboral (fl. 125), respuesta ante requerimiento de la Defensoría del Pueblo informando la no procedencia del reintegro del actor por cuanto la causal de terminación resulta completamente objetiva, esto es, el vencimiento del periodo contratado, por lo tanto no se hace necesario solicitar autorización al Ministerio del Trabajo (fl. 128), certificado de aportes (fls. 130 a 131), copia del fallo de tutela proferida en segunda instancia el 13 de septiembre de 2018 por el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá DC, mediante la cual negó el amparo del derecho constitucional (fls. 132 a 136), resultado de consulta en la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES (fl. 137)

Así mismo, reposa incapacidad médica otorgada al actor por tres días desde el 14 de junio de 2018 al 16 de junio de 2018 (fl. 35), posteriormente incapacidad otorgada por 10 días desde el 18 de junio de 2018 al 27 de junio de 2018 (fl. 34), y finalmente prórroga de incapacidad por 10 días desde el 28 de junio de 2018 al 7 de julio de 2018 (fl. 35).

Obra también incapacidad médica por treinta días desde el 25 de octubre de 2018 al 23 de noviembre de 2018 (fl. 36), prórroga de incapacidad laboral por treinta días

desde el 24 de noviembre de 2018 al 23 de diciembre de 2018 (fl. 37). Reposición de medicamentos y control médico (fls. 38 a 40).

Igualmente, prórroga de incapacidad laboral por treinta días desde el 23 de enero de 2019 al 21 de febrero de 2019 (fl. 41).

Por otro lado, se recibió el **interrogatorio de parte** del señor GERMAN ARTURO LUQUE ZAMORA, en calidad de representante legal de la demandada, quien indicó que funge como representante legal hace 4 años y medio. Que el 18 de junio de 2018 se le realizó el preaviso al demandante, esto es, con una antelación de más de 30 días al vencimiento del contrato, razón por la cual no es cierto que se le envió una carta de terminación del contrato, sino que, por el contrario, fue la formalización de la finalización de la relación laboral a término fijo. Que a pesar de que el 18 de junio de 2018 el demandante se encontraba incapacitado, decidieron presentar el preaviso al actor, bajo la facultad legítima que tiene el empleador de dar por terminado el contrato por vencimiento del término. Que inicialmente la finalización del vínculo de la relación laboral con el demandante era el 19 de junio de 2018, producto de una situación de una incapacidad que iba más allá del vencimiento del contrato, la compañía acatando los preceptos constitucionales, decidió realizar una prórroga de su contrato de trabajo en la cual se le informa que en aras de garantizar su derecho a la seguridad social la compañía decide prorrogar el contrato hasta el último día de su incapacidad entregada a la compañía y de la cual se tenía conocimiento. Posteriormente, el demandante acredita una segunda incapacidad en donde nuevamente se pretende garantizar constitucionalmente al trabajador, decide realizar una prórroga del contrato, dejando claridad que la intención de la compañía era dar por terminado el contrato de trabajo por vencimiento del plazo pactado, tal y como se le informó al demandante el 18 de mayo de 2018. Posteriormente a la finalización del vínculo, proceden varias situaciones, tales como una acción de tutela por parte del actor, en donde se responde la misma, y se niega por parte del Juez constitucional los derechos fundamentales invocados por el trabajador, decisión que fue confirmada en segunda instancia. Que la compañía no tenía conocimiento del tratamiento que le estaban realizando al actor. Que el examen de egreso se lo realizó el demandante más de 2 meses con posterioridad al retiro de la compañía, después de múltiples esfuerzos para localizarlo y notificarlos para que se realizara el examen.

Así mismo, se recibió el **interrogatorio de parte** del demandante quien señaló que trabajó como supervisor operativo en una tienda ARA, mediante un contrato de término fijo por duración de 6 meses y que el 18 de mayo de 2018 le fue comunicada la intención de la demandada de no prórroga del contrato de trabajo a término fijo por vencimiento del plazo pactado. Que, con ocasión a la incapacidad allegada, la compañía le prorrogó el contrato por 9 días más. Que dada una prórroga en la incapacidad, el contrato de trabajo se prorrogó hasta el 13 de julio de 2018. Que para el 13 de julio de 2018 no se encontraba incapacitado, pero se encontraba en terapias físicas. Que la ARL envió las recomendaciones laborales directamente a la empresa el 6 de julio de 2018. Que el médico tratante de la ARL le entregó hasta enero de 2019 recomendaciones laborales. Que en la carta del 18 de mayo de 2018 no le indicaron nada respecto del examen médico de egreso que debía realizarse, tan solo la jefe de zona le indicó que llevara sus elementos a la tienda ubicada en San Cristóbal. Sin embargo, al ponerle de presente la documental con fecha 18 de mayo de 2018, el demandante señala que no se acordaba con exactitud el contenido de la misiva, pero que efectivamente allí se indica que debe realizar el examen de egreso. Que no fueron canceladas las terapias físicas, sino que no podía movilizarse para asistir a las terapias, a último momento lo que se hizo fue reprogramar las mismas. Que presentó acción de tutela en julio de 2018 por los mismos hechos que se debaten en el presente asunto. Que posterior a recibir la carta del 18 de mayo de 2018, que daba por finalizada la relación laboral, la demandada le cambió el lugar de trabajo, para desempeñar nuevas funciones en otra tienda, las cuales no incluían las de supervisor de tienda en la de Lucero bajo, y que debía dejar listo armado el rebajón que iba a ofrecer la tienda, estaba bajando mercancía de la escalera, mientras iban bajando estibas con mercancía, junto con el malacate, y al bajar las escaleras perdió el equilibrio y el tobillo se golpeó con un filo metálico que tenía la escalera, los muchachos me auxiliaron, cuando intentó pararse no podía apoyar el pie, por eso reportó el accidente a la ARL. Al día siguiente, se presentó a la unidad de traumatología de la ARL, donde le informaron que tenía un esguince y le dieron 3 días de incapacidad, le prescribieron medicamentos. Pasados los 3 días se presentó a trabajar, posteriormente lo llamaron de la ARL que debía presentarse con el Dr. Eduardo Niño para la valoración médica por la ARL en la décima, quien le diagnosticó el esguince de tobillo y le dio 10 días de incapacidad, le tocó reclamar vendaje y muletas. Posteriormente hubo una prórroga por 10 días más y al finalizar éste envió el médico tratante 15 terapias físicas. Que al no ver mejoría, le enviaron a hacerse una resonancia magnética dando resultado una ruptura de ligamento, y

fisura de otro de los ligamentos, y desprendimiento del tendón del tobillo derecho, programado para cirugía de tobillo, ese procedimiento fue el 25 de octubre de 2018, otorgando 30 días de incapacidad, con prórroga de 2 incapacidad de 30 días cada una, para un total de 90 días de incapacidad. Posteriormente, le mandó unas terapias, no funcionaron. En la clínica del dolor le hicieron un bloqueo que tampoco funcionó. Y le dieron nuevamente 5 días de incapacidad. Que al no haber funcionado el anclaje, no podían recortarle el nervio, por lo que procedieron a quitar parcialmente el anclaje.

Se practicó prueba testimonial de la señora **ZHARY DANIELA TORRES CRUZ**, quien manifestó ser amiga del demandante desde hace más de 5 años, que entró como supervisor a mediados de junio de 2016 a ARA en la sede de San Cristóbal. Que sobre el accidente laboral, el demandante le comentó que estaba en su trabajo, cuando iba bajando por las escaleras y se cayó, lastimándose el tobillo. Que lo acompañó a que se hiciera terapias en un sitio sobre las Américas, y a la clínica del dolor, así como a las cirugías que le tuvieron que hacer, porque el actor no se logra movilizar solo. Que tuvo 15 terapias y no pudo acompañarlas a todas, por su trabajo. Que después de terminado el contrato no ha sido posible encontrar un nuevo trabajo, dada las condiciones en las que quedó, que recibe ayudas económicas por parte de sus familiares y amigos. Que no sabe que después de trabajar para la demandada haya tenido otro accidente o enfermedad. Que al momento de hacerle las terapias, no se encontraba incapacitado, que fue desvinculado en julio de 2018, y que no se encuentra afiliado a la Seguridad Social.

Así mismo, se recibió el testimonio de la señora **LUISA FERNANDA PRADA CHARRY**, quien indicó ser médico y coordinadora de salud ocupacional desde el año 2016 en la empresa demandada y por lo tanto conoce al demandante y su procedimiento médico, que frente a la situación de salud del actor manifestó que sufrió un accidente de trabajo bajando unas escaleras en junio de 2018, se le dobló el pie, la empresa notificó este accidente a la ARL y ésta le generó inicialmente una incapacidad de 3 días, y luego empezó tratamiento médico. Respecto de la desvinculación del actor, manifestó desconocer como sucedió o porque razón se dio, porque no es de su área. Que mientras estuvo vinculado a la empresa no conoció de su tratamiento, o él no informó de sus terapias. Que tuvo 3 incapacidades, la primera entre el 14 al 16 de junio de 2018, la segunda desde el 18 de junio al 27 de junio de 2018 y la última del 27 de junio de 2018 al 7 de julio de

2018. Posterior a ésta y última incapacidad, fue que se le desvinculó y ya no se conoció o informó sobre otra incapacidad. Que las funciones de la testigo son como médico en salud ocupacional, y hace seguimiento de exámenes médicos, temas de maternidad, entre otros. Que las evaluaciones médicas las realiza la empresa a través de un tercero. Que en el caso del demandante no se realizó examen médico ocupacional de egreso, además como se trataba de un accidente de trabajo estaba siendo tratado por la ARL. Que no recuerda haber recibido alguna recomendación médica por parte de la ARL. Que hay un procedimiento al interior de la compañía cuando un trabajador tiene incapacidades médicas prolongadas, así como recomendaciones médicas. Que en el caso del demandante, no formuló situación médica del actor, y tan solo le prescribió 3 incapacidades médicas. Que una vez finalizadas las incapacidades médicas, la compañía le dio por finalizado el vínculo laboral.

Ahora bien, la señora **SANDRA MILENA CARDONA** señaló que es amiga del demandante desde hace muchos años porque viven en el mismo barrio. Que el actor lo único que sabe es que el demandante laboró para ARA hasta que tuvo su accidente laboral. Que en alguna ocasión visitó al demandante donde trabajaba el actor en San Cristóbal. Que después del suceso no ha podido conseguir trabajo porque quedó muy lastimado por el accidente, porque no puede caminar igual que antes. Que desconoce el motivo exacto de la desvinculación. Que en una oportunidad acompañó al actor a una terapia física. Que sabe que estuvo incapacitado, pero desconoce las fechas exactas. Que sus necesidades básicas las cubre su familia.

Finalmente, la señora **VANESA MARIA NIEVES LOMBO**, informó que labora para JERONIMO MARTINS COLOMBIA SAS como coordinadora de recursos humanos, desde el año 2019, que anteriormente estaba como coordinadora centro desde el año 2016. Dentro de sus funciones está la de establecer medidas necesarias para asegurar la seguridad de cada uno de los trabajadores, que para el caso del demandante, conoció su caso porque fue quien reportó el accidente de trabajo. Que allí refería que bajando escaleras se le dobló el pie y se cayó. Que se le hizo un seguimiento del tratamiento. Que el contrato era fijo por 6 meses, que se le notificó con la debida anticipación de la no prórroga del mismo en mayo de 2018 y que inicialmente finalizaba en junio de 2018, pero desconoce la fecha en que realmente finalizó el vínculo laboral. Que en su momento, el demandante fue notificado de la

no prórroga del contrato sin ningún problema. Que nunca le notificaron recomendaciones médicas o restricciones o calificación de PCL durante estuvo vigente la relación laboral.

Por las acotaciones legales y jurisprudenciales expuestas, las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones severas y profundas, así lo contempla su artículo 1 en que edifico sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimito el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, así como los interrogatorios de parte, extraña la Sala que el demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001 y del cual deviene que a la finalización del vínculo laboral se encontraba incapacitado, con el fin de establecer si se encuentra dentro de alguno de estos parámetros de discapacidad o minusvalía y consecuentemente determinar si es beneficiario o no del fuero laboral en condiciones de debilidad manifiesta que depreca en su escrito de demanda.

Ahora bien, al revisar la documental que milita a folio 121 con fecha del 15 de mayo de 2018, mediante la cual la empresa demandada decidió no prorrogar el contrato de trabajo del demandante, el cual tiene como fecha de expiración el 19 de junio de 2018, debe traerse a colación el literal c) del artículo 61 del CST, el cual establece que el contrato de trabajo a término fijo podrá darse por terminado por vencimiento del plazo pactado, siempre y cuando se realice el preaviso de Ley que dispone el inciso primero del artículo 46 del CST.

Conforme lo anterior, quedó acreditado que la causal para dar por terminado el contrato de trabajo obedeció al cumplimiento del vencimiento del plazo pactado, notificado al actor con más de 30 días a la terminación de la segunda prórroga, la cual se daba el 20 de junio de 2018, siendo notificado el 15 de mayo de la misma anualidad.

Ahora bien, conforme el informe de accidente de trabajo del empleador visible a folio 125 del expediente, se tiene por acreditado de igual manera que el 13 de junio de 2018 el demandante sufrió un accidente de trabajo, generándole afectaciones en su tobillo.

En razón de lo anterior, se procedió por parte de la demandada, con fundamento en el numeral 2º del artículo 46 del CST a prorrogar el contrato a término fijo por el término de 9 días, esto es, desde el 19 de junio de 2018 al 27 de junio de 2019, fecha en la cual el contrato terminaría de acuerdo con lo dispuesto en el literal c) del artículo 61 del CST.

Así mismo, de conformidad con la documental vista a folio 127 del plenario de fecha 6 de julio de 2018, se encuentra igualmente acreditado que la demandada nuevamente le prorrogó el contrato a término fijo, en atención a que la Compañía recibió una prórroga de la incapacidad cuya vigencia excede la fecha de terminación del contrato de trabajo previamente prorrogado, toda vez que dicha prórroga de incapacidad tenía como fecha final el 7 de julio de 2018, razón por la cual, en aras de garantizar el acceso al Sistema Integral de Seguridad Social, se le fue extendida la vigencia del contrato hasta el 13 de julio de 2018. En dicha comunicación se decidió dar aplicación al artículo 140 del CST, quedando relevado de prestar el servicio a la Compañía a partir del 8 de julio de 2018 y hasta el 13 de julio de 2018, fecha efectiva de terminación de su contrato laboral, se le indicó igualmente al actor que continuaría percibiendo de forma normal el salario que le corresponde y la totalidad de las acreencias laborales que se causen durante el periodo en el que no preste sus servicios laborales.

En ese orden, la protección a la estabilidad laboral reforzada no se predica de manera automática cuando el trabajador tenga una afectación de salud, sino que por el contrario recae sobre la actitud del empleador en la decisión que toma, la cual puede estar estrechamente ligada con el estado de salud del trabajador, esto es, la decisión discriminatoria de dar por terminado el contrato laboral, junto con un nexo de causalidad entre la terminación del vínculo laboral y el estado de salud del trabajador.

En el presente asunto, no puede entenderse que la actitud de la empresa demandada, en calidad de ex empleador, haya tenido un tinte discriminatorio frente

al estado de salud del demandante, toda vez que la Compañía demandada el 18 de mayo de 2018, dentro de las facultades que lo rodean, tomó la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo amparado por el artículo 61 del CST, esto es, por vencimiento del plazo pactado, sin embargo, ante la situación sobreviniente del accidente sufrido por el demandante, decidió prorrogar el contrato de trabajo por 9 días más, y no obstante ello, ante la prórroga de dicha incapacidad, decidió nuevamente prorrogar el contrato de trabajo a término fijo, con un par de días posteriores a la finalización de la prórroga de la incapacidad, a efectos de garantizarle el acceso al Sistema Integral de Seguridad Social, sin que por tanto, vencida ésta última incapacidad, hubiese allegado el actor una nueva incapacidad a efectos de predicar una estabilidad laboral reforzada.

Así pues, sin lugar a dudas la parte activa de la presente Litis, no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo, como quiera que en primer lugar, ante el conocimiento de una incapacidad médica por parte del empleador, el mismo decidió prorrogar la vigencia del contrato, hasta tener certeza que no estuviera incapacitado, incluso prorrogó por segunda vez ante una prórroga de incapacidad que le hizo llegar el demandante a la empresa convocada a juicio, y en segundo lugar no hay prueba que acredite que para el día de la finalización de la relación laboral se encontrara incapacitado, pues tan solo se tenía conocimiento que estuvo incapacitado hasta el día 7 de julio de 2018, y que en tal razón, extendió la vigencia del vínculo laboral hasta el 13 de julio de 2018, fecha para la cual no se encontraba incapacitado, conforme la documental visible a folio 127 del plenario.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador en ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita que inicialmente fue incapacitado y posteriormente prorrogada, se observa una actitud de la empresa demandada tendiente a proteger los derechos del trabajador, máxime cuando existió una prórroga de la incapacidad que hizo nuevamente ampliar la vigencia del contrato, pero que finalizó por cuanto no se puso en conocimiento una nueva incapacidad, y por cuanto se había llegado al vencimiento del plazo pactado del contrato inicialmente firmado.

En ese sentido, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas, sino que como en el caso que nos ocupa, debe resaltarse el hecho sobreviviente que padeció el demandante, esto es, el accidente laboral ocurrido el 13 de junio de 2018, del cual claramente el empleador no podía adivinar que iba a suceder, situación que por el contrario pudo sorprenderlo, pero que aun así se deja entrever la intención de la demandada de proteger al trabajador, conforme las prórrogas que realizó el empleador, de acuerdo a las documentales fechadas el 19 de junio de 2018 y el 6 de julio de 2018, con las cuales garantizó el acceso al Sistema Integral de Seguridad Social, y en ese orden no se logra vislumbrar el nexo entre la finalización del vínculo y el estado de salud del demandante.

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por el demandante, fue la condición de incapacidad, lo cual era su responsabilidad probatoria para el momento del despido, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

En el caso bajo examen, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del actor, si debió acreditar si quiera que para la fecha de la finalización del vínculo se encontraba incapacitado, o incluso la inexistencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha en términos de porcentajes no se dio ni siquiera en el curso del litigio y, por ende, no se pudo acreditar el grado de afectación en la salud al menos en el carácter moderado, es decir que no se pudo activar a favor del demandante la protección en el sentido que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la situación del demandante, sino que se reitera que se dio por vencimiento del plazo pactado.

Sólo una vez en aquel escenario, esto es, que se encontrara incapacitado al momento de la finalización del vínculo, podría entenderse que la parte actora estaba amparado por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causa objetiva en

la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar la Sala que las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador que sí desplegó el empleador demuestran precisamente, no era merecedor de la protección legal que pretendió originalmente (Sentencia SL3813 con Rad. 72706 de 2019).

En razón a lo dicho, se impone la conclusión que si bien el demandante padeció de un accidente de trabajo, realmente no se encontró demostrado en el plenario que ello supusiera activar en su favor la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que fuera necesaria la autorización previa del Ministerio del Trabajo, sino que por el contrario, y de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso, el vínculo laboral se dio por finalizado con el preaviso presentado al actor, con ocasión al vencimiento del plazo fijo pactado entre las partes.

En atención a las consideraciones antes expuestas; se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería el reintegro deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia absolutoria proferida en sentencia de primera instancia, tanto en lo que respecta del reintegro de manera principal, como de la indemnización pretendida de manera subsidiaria.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020 por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

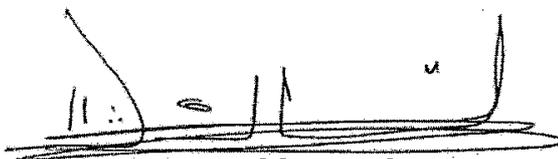
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501520190006602)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501520190006602)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520190006602)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 12-2019-00146-01

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA
DEMANDADO: CENCOSUD COLOMBIA SA
ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 218 a 224) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA** instaura demanda ordinaria laboral contra de **CENCOSUD COLOMBIA SAS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 1 a 3):

PRINCIPALES:

DECLARATIVAS:

- 1) Que entre las partes existe un contrato de trabajo indefinido desde el 26 de diciembre de 2006 a la fecha de presentación de demanda.
- 2) Que la terminación del contrato de trabajo por parte de CENCOSUD COLOMBIA SA, el día 4 de agosto de 2018 se produjo sin el cumplimiento de los requisitos legales por no contar con la autorización del inspector del trabajo, razón por la cual NO produce efectos legales.
- 3) Que el despido efectuado a la demandante por parte de CENCOSUD COLOMBIA SA, fue producto del estado de debilidad manifiesta de la misma.
- 4) Que CENCOSUD COLOMBIA SA debe mantener vigente el contrato de trabajo de la actora hasta que se finalice el trámite de calificación de invalidez.
- 5) Declarar definitivos los efectos del fallo de tutela que dispuso el reintegro de la trabajadora, dictado por el Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, confirmado por el Juzgado 22 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Condenatorias:

- 1) A mantener vigente el contrato de trabajo de la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA hasta que se finalice el trámite de calificación de invalidez y/o se obtenga el correspondiente permiso ante el MINISTERIO DE TRABAJO.
- 2) Al pago de la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997.
- 3) Costas procesales.

SUBSIADIARIAS:

- 1) Que el despido efectuado en primera oportunidad por CENCOSUD COLOMBIA SA del 24 de septiembre de 2014 fue de manera injustificada.
- 2) Que el contrato de trabajo de la demandante ha sido sin solución de continuidad desde el 26 de diciembre de 2006 a la fecha de presentación de la demanda.
- 3) Que CENCOSUD COLOMBIA SA debe cancelar los salarios y demás prestaciones derivadas de la relación laboral, para los periodos de tiempo en que la trabajadora fue despedida de manera ilegal e injusta, esto es, el 24 de septiembre de 2014 al 21 de julio de 2018.

Condenatorias:

- 1) A CENCOSUD COLOMBIA SA al pago de salarios y prestaciones sociales que se discriminan a continuación:
 - a) Salarios dejados de cancelar desde el 24 de septiembre de 2014 hasta el 21 de julio de 2018.
 - b) Primas de servicios correspondientes a los periodos comprendidos desde el 24 de septiembre de 2014 hasta el 21 de julio de 2018.
 - c) Vacaciones correspondientes a los periodos comprendidos desde el 24 de septiembre de 2014 hasta el 21 de julio de 2018.
 - d) Intereses a las cesantías desde el 24 de septiembre de 2014 hasta el 21 de julio de 2018.
 - e) Al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones correspondiente al periodo desde el 24 de septiembre de 2014 hasta el 21 de julio de 2018.
 - f) Al pago de la indemnización por despido sin justa causa consagrado en el Art. 64 del CST, modificado por la Ley 789 de 2002.
 - g) Al pago de la indemnización contenida en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías, durante el tiempo que la trabajadora estuvo cesante.
- 2) Costas procesales.

La sociedad CENCOSUD COLOMBIA SAS contestó la demanda (fls. 113 a 317 y 319 a 352), de acuerdo al auto visible a folio 354. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de septiembre de 2020. **DECLARÓ** con efectos definitivos la orden a CENCOSUD COLOMBIA SA de reintegrar al cargo de Auxiliar de Caja a la demandante MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA. **CONDENÓ** a CENCOSUD COLOMBIA SA a pagar a favor de la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA la suma de \$6.760.800 por concepto de indemnización establecida en el Art. 36 de la Ley 361 de 1997. **ABSOLVIÓ** a CENCOSUD COLOMBIA SA de las demás súplicas de la demanda.

DECLARÓ PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada, y no probadas en el objeto de la condena. **COSTAS** a cargo de CENCOSUD COLOMBIA SA.

ACLARACION DE SENTENCIA:

La orden definitiva de reintegro conlleva el pago de salarios dejados de percibir el 04 de agosto de 2018, sin solución de continuidad.

La liquidación realizada por el Juzgado hará parte escrita del acta que se eleve de la celebración de la presente audiencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES: Solicita se modifique la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 24 de septiembre de 2014 hasta el 21 de junio de 2018, teniendo en cuenta que el Juzgado incurrió en error al afirmar que debe aplicarse la excepción de contrato no cumplido, porque la demandante no prestó el servicio y el empleador estaba liberado en pagar salarios y demás emolumentos que se causan con la prestación del servicio, pues en el presente asunto opera la figura que establece el Art. 140 del CST, pues es claro que le dio a atender a la demandante con la carta de despido, como la resolución del recurso de apelación a la demandante que ya no era trabajadora de la empresa, porque le da el trato de ex trabajadora. Además, quien ejercer el poder subordinante del empleador, que incluye la facultad de organizar el trabajo, la facultad de dirigirlo y el poder disciplinario es el empleador, entonces en la facultad de dirigir el trabajo que deriva de la subordinación, el empleador estaba obligado a decirle a la trabajadora que prestara el servicio, si la trabajadora no se presentó a trabajar, no que la trabajadora estar detrás del empleador si puede trabajar, pues para la actora fue claro debido a su nivel de formación que era ex trabajadora y ya estaba relevada de prestar el servicio.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: No hay razón a prescribir estos derechos, en razón que la sentencia de fuero sindical fue proferida en el año 2018, y la resolución del Ministerio del Trabajo fue proferida el agosto de 2017, la contabilización entre una y la otra, y contados 3 años hacía atrás desde la presentación de la demanda, cada una de las fechas que acaba de mencionar, están dentro de este lapso, debiéndose contar así el periodo de prescripción.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO: Quedó probado dentro del proceso, con la contestación de la demanda, que efectivamente operó una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, y que nada tuvo que ver el estado de discapacidad o que haya sido un acto discriminatorio con la demandante para que se active a su favor la estabilidad laboral reforzada, para que la orden de tutela sea de manera definitiva, pues evidente que no hubo ninguna oposición ni tacha de documentos, por los cuales los mismos tienen pleno valor probatorio y deberán ser tenidos en cuenta. Lo anterior queda corroborado conforme se manifestó con la sentencia SL2685 de 2020, donde se reafirma que esa protección no es absoluta por parte del trabajador que posea un estado de discapacidad, pues efectivamente el despido no obedeció a un trato discriminatorio.

SALARIOS DESDE 8 AGOSTO 2018: En atención a la orden de tutela a CENCOSUD COLOMBIA a efectos de reintegrar a la demandante, se observa en el comprobante de nómina de febrero de 2019 se encuentra reflejado el pago además de los salarios, del 8 de agosto de 2018 hasta el 11 de febrero de 2019, que es cuando la trabajadora se reintegra, y cuando se le hizo el examen de reingreso a la demandante para que pudiera evaluar el estado de salud actual de la actora y para poder saber a qué cargo podía reingresar, esto con el objetivo de no afectar el estado de salud de la trabajadora.

INDEMNIZACIÓN 180 DÍAS: Así mismo, quedó acreditado con el comprobante de nómina de febrero de 2019 que se canceló a la demandante el valor de los 180 días por concepto de indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.

COSTAS: Solicita se absuelva de la condena en costas, pues de ser analizada en detalle el presente proceso, se observa que CENCOSUD actuó conforme a derecho.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente ordenar el reintegro de la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho al pago de los salarios dejados de percibir, así como la indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997. **3.** Costas procesales.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA suscribió un contrato a término fijo por duración de 6 meses con la sociedad CENCOSUD COLOMBIA SAS desde el **26 de diciembre de 2006** hasta el día **25 de junio de 2007**, desempeñando el cargo de "Auxiliar", devengando como

salario la suma de \$527.700, conforme copia del contrato de trabajo visible a folio 149 y 150, el cual fue prorrogado automáticamente en 3 oportunidades¹.

Que de conformidad con el otro sí al contrato de trabajo, se modificó el contrato de trabajo, siendo de duración indefinida a partir del **1 de diciembre de 2009** (fl. 154 Vto.) desempeñando el cargo de "auxiliar de Cajas", devengando un salario de \$1.126.800 (fl. 295), siendo el mismo terminado el **24 de septiembre de 2014** con justa causa, conforme se observa de la documental visible a folios 163 a 172 del expediente.

Que bajo el radicado No. 211220 del 4 de diciembre de 2014, la sociedad demandada solicitó autorización ante el Ministerio del Trabajo para la terminación del contrato de trabajo en estado de discapacidad de la trabajadora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA, solicitud que NO FUE AUTORIZADA mediante Resolución No. 2556 del 29 de agosto de 2017 (fls. 41 a 47).

Que mediante Sentencia del 25 de abril de 2018, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá niega el levantamiento de fuero sindical del que goza la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA y el permiso para despedir al trabajador aforado.

Que el **21 de junio de 2018**, por orden de reintegro, la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA fue reubicada en la Tienda Metro de Soacha (Hecho 13 fl. 4 aceptado en la contestación de la demanda fl. 120).

Que mediante documental visible a folios 33 a 36, se dio por terminada unilateralmente el contrato de trabajo con justa causa, a partir del **4 de agosto de 2018**, aduciendo que la falta cometida obedece a la ausencia injustificada desde el 21 de junio de 2018 a la fecha.

Que mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías el 30 de octubre de 2018 se decidió tutelar los derechos fundamentales a la protección laboral reforzada de la actora, ordenando el **reintegro de manera transitoria** al cargo que venía desempeñando cuando se produjo su vinculación o en uno de similares condiciones y salario (fls. 48 a 57),

¹ Primera prórroga: Del 26 de junio de 2007 al 25 de diciembre de 2007
Segunda prórroga: Del 26 de diciembre de 2007 al 25 de junio de 2008
Tercera prórroga: Del 26 de junio de 2008 al 25 de diciembre de 2008.

decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado 22 Penal del Circuito con función de Conocimiento el 10 de diciembre de 2018 (fls. 58 a 74).

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

El conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda y el recurso de apelación incoado por la parte demandada, que la sociedad CENCOSUD COLOMBIA SAS terminó el 4 de agosto de 2018 de forma unilateral y con justa causa el contrato de trabajo a término, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de las condiciones especiales de salud de la actora.

Sea del caso recordar que la primera terminación del vínculo laboral, esto es, el **24 de septiembre de 2014**, se dio con ocasión a la diligencia de descargos realizada el 18 de septiembre de 2014 en la cual se le endilgó la sustracción de elementos y bienes consumibles de la Tienda Soacha donde trabaja, sin la autorización de su superior, dejando su ver el actuar deshonesto de la trabajadora e inmoral, conforme la documental visible a folios 163 a 172 del plenario, situación que debe superarse del análisis por parte de la Sala, como quiera que mediante Resolución No. 2556 del 29 de agosto de 2017 el Ministerio del Trabajo NO autorizó la terminación del vínculo laboral de la actora, así como también se dictó sentencia por parte del Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá del 25 de abril de 2018, mediante el cual, negó el levantamiento de fuero sindical del que goza la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA y el permiso para despedir a la trabajadora aforada, siendo reintegrada el 21 de junio de 2018.

Ahora bien, la Sala se centrará en analizar que conllevaron al empleador a dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa el **4 de agosto de 2018**, aduciendo como causal el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones contractuales por la ausencia presuntamente injustificada a su lugar de trabajo (fls. 33 a 36), no obstante la parte actora considera que se dio en razón de sus condiciones de salud.

Frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido

despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Sea lo primero indicar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a).** **Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%,** **b)** “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral **c)** “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo”. Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub-lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar

libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada, y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n.º 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, pertinente para resolver si el empleador conocía el estado de salud del trabajador, reposa comunicaciones dirigidas a la demandante que datan del 19 de junio de 2018 (fl. 192), junto con guía de envío a la dirección

que coincide con la reportada en el acápite de notificaciones de la demanda (fl. 193), en el que se le indica a la actora que:

"Por medio de la presente me permito informarle que de acuerdo a la entrevista realizada el día 7 de junio de 2018 y a los documentos aportados por usted frente al proceso y al no existir incapacidad desde el mes de julio de 2017, se verifica que puede ingresar a laborar sin ninguna restricción médica adicional a las presentes por su condición actual de salud.

*Por lo cual se le confirma reintegro al cargo de **Auxiliar** en la tienda Metro Soacha a partir del 21 de junio de 2018, deberá presentarse con la Jefe de recursos humanos de la tienda para proceso de inducción.*

Recuerde realizar las respectivas pausas activas, evitar el acceso frecuente por escaleras, alternar la postura de pie a sentado, recuerde continuar controles médicos, específicamente con Ortopedia, Medicina Laboral de la EPS; en caso de presentar alguna novedad reportar al área de recursos humanos de la tienda para seguimiento de su caso recuerde utilizar los elementos de protección personal respectivos para desempeñar sus funciones."

Así mismo, obra documental del 25 de junio de 2018 (fl. 194), junto con guía de envío a la dirección que coincide con la reportada en el acápite de notificaciones de la demanda (fl. 195) en la que le manifiestan a la demandante que:

"Con el fin de aclarar su injustificada inasistencia al trabajo desde el día 21 de junio de 2018 y teniendo en cuenta que no se ha comunicado de modo alguno con su jefe directo para presentar excusa alguna de acuerdo con los términos previstos en el Reglamento Interno de Trabajo y en la Ley, afectando de esta forma los intereses de la Compañía, le informamos que respetando la oportunidad para que usted ejerza su derecho de defensa respecto de los hechos referidos en esta comunicación, la Compañía ha decidido concederle un plazo de dos (2) días hábiles para que entregue a su Jefe inmediato una certificación o excusa que justifique la inasistencia antes referida.

Transcurrido el plazo sin que usted haya allegado justificación escrita alguna, se tendrá por agotado el procedimiento disciplinario y la Compañía entrará a evaluar la falta conforme lo señalado en el reglamento Interno del Trabajo, el contrato de Trabajo y el Código Sustantivo del Trabajo."

Certificación del 3 de julio de 2018 visible a folio 196 junto con guía de envío a la dirección que coincide con la reportada en el acápite de notificaciones de la demanda (fl. 197) en la que se hizo constar que El 25 de junio de 2018 se envió documento de notificación por correo certificado a la demandante donde se dejó constancia que es la segunda constancia enviada donde se le solicitaba a la actora justificar su ausencia al lugar de trabajo desde el día 21 de junio de 2018 y debía ser entregada en la Empresa a más tardar dentro de los 2 días siguientes al recibo de esa comunicación, indicándole textualmente que:

"El día de hoy 03 de julio de 2018, siendo las 5:00 PM la Sra. MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA no se ha reportado por ningún medio a la tienda ni con ninguno de sus Jefes."

Reposa citación a diligencia de descargos del 21 de junio de 2018 a efectos que la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA justifique y rinda explicaciones por presuntos incumplimientos deberes laborales, particularmente respecto a lo sucedido el 21 de junio de 2018, en el que presuntamente incurrió en ausencia injustificada desde el 21 de junio de 2018 (fls. 198).

En ese orden, obra Acta de Descargos que data del 30 de julio de 2018, en el que indicó entre otras cosas la demandante que recibió la notificación de reintegro el día 21 de junio de 2018, así como el recibo de la comunicación del 25 de junio de 2018 solicitando a justificar ausencia desde el 21 de junio de 2018, así como la del 4 de julio de 2018 en la que también se citaba a la demandante para que justificara su ausencia desde el 21 de junio de 2018, sin embargo señaló que envió 4 correos electrónicos solicitando el traslado cerca de su casa por su salud, sin que fueran contestados, y el 9 de julio radicó un derecho de petición, el cual tampoco fue contestado por parte de la empresa. Que no se acercó a las instalaciones físicas, porque esperaba que la empresa fuera consiente de su situación de salud y que todas las incapacidades que le han prescrito las ha entregado, pero las mismas no han sido continuas. Que tiene incapacidades del 23 al 25 de junio de 2018, del 30 de junio al 02 de julio de 2018, del 7 al 9 de julio de 2018 y del 26 al 28 de julio de 2018, pero no tiene incapacidades posteriores a dicha data que justifique su ausencia (fls. 204 y 205).

Obran sendas incapacidades médicas, la primera de ellas, del 7 al 9 de marzo de 2018 por conjuntivitis aguda no especificada (fl. 206), la segunda del 23 al 26 de junio de 2018 por enfermedad general (fl. 206). Del 30 de junio al 2 de julio de 2018 por lumbago no especificado (fl. 207), del 9 al 10 de julio de 2018 por enfermedad general (fl. 207) y del 26 al 28 de julio de 2018 por enfermedad general (fl. 208).

Finalmente, a folios 33 a 36 obra carta de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa del 4 de agosto de 2018, en el que se le aduce a la demandante incurrió en una falta grave disciplinaria incumpliendo las obligaciones propias de su cargo, de acuerdo con los numerales 1, 17, 24, 26, 32, 34, 36 y 37 del Art. 45, así como los numerales 4 y parágrafo del Art. 47 *ibídem*, numeral 3 del artículo 50 del Reglamento Interno del Trabajo; numeral 1 del artículo 58, numeral

4 del artículo 60 y numerales 6 y 19 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

“(...) Observa la Compañía que con su actuación usted ha incurrido en una falta disciplinaria grave, pues incumplió con las obligaciones establecidas en el Reglamento Interno del Trabajo, en el Código de Ética de CENCOSUD, las consignadas en el Manual de Funciones de su cargo y las establecidas en su Contrato de Trabajo, al no asistir a la laborar al turno fijado por la Compañía desde el 21 de junio de 2018.

Cabe anotar que aunque usted presentó incapacidades, éstas no justifican de manera continua su ausencia desde la fecha indicada, de tal forma que hay días en los que no existe incapacidad médica emitida por su EPS que justifique la no asistencia a su turno laboral. Así las cosas, las fechas que no cuentan con su respectiva incapacidad desde el 21 de junio son: 21 y 22 de junio, 26 al 29 de junio, 3 al 8 de julio y 11 al 25 de julio.

Se resalta que en la diligencia de descargos usted misma acepta que no tiene como justificar todos los días de ausencia desde el día 21 de junio de 2018 (...).”

Por otro lado, se recibió el **interrogatorio de parte** de la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA, quien indicó que no le pagaron vacaciones desde el 24 de septiembre de 2014 al 21 de junio de 2018. Que el 11 de febrero de 2019 fue reintegrada, que no le pagaron los salarios dejados de percibir. Que le pagaron la quincena vencida desde el 11 de febrero de 2019, pero no le pagaron nada retroactivo. Que si le fue pagada la seguridad social entre el 24 de septiembre de 2014 al 21 de junio de 2018, pero con IBC de 1 SMLMV. Que el 24 de septiembre de 2014 se dio por terminado el contrato de trabajo porque se había sustraído de unos elementos de la tienda. Que a partir del 14 de septiembre de 2014 no volvió a trabajar, que fue el 18 de septiembre para la diligencia de descargos, y fue el 24 de septiembre de 2014 que le dieron por finalizado el vínculo laboral unilateralmente. Que posterior al segundo despido, y de la orden de tutela de reintegro transitorio le llegaron unas notificaciones a su casa para que se presentara a trabajar a la tienda de Soacha, pero como esta en muletas y no puede subirse a un bus, solicitó que como vive cerca de Banderas que la trasladaran, sin embargo la mandaron a descargos y se presentó a los descargos mostrando las incapacidades, pero las mismas no eran continuas y por haber unos intervalos de unos días, y al no tener justificación de incapacidad, el 4 de agosto de 2018 deciden pasarle nuevamente la carta de despido. Que al ser reintegrada no le pagaron 180 días de indemnización. Que inicialmente no tenía vehículo para llegar al trabajo y después para el reintegro fue que adquirió vehículo para movilizarse.

Así mismo, se recibió el **interrogatorio de parte** del representante legal de la sociedad demandada quien señaló que desde el día uno de su contratación fue contratada a sabiendas de la discapacidad que tenía. Que el 4 de agosto de 2018 no tenían conocimiento que la demandante si bien tuvo algunas fracturas, pero no hay ninguna constancia dentro de los documentos que se aportaron de unos dolores que padeciera con ocasión de las fracturas, la demandada siempre ha respetado los conceptos e incapacidades que ha aportado al Departamento de Recursos Humanos. Que desde el 21 de junio de 2018 al 4 de agosto de 2018 CENCOSUD dio sendas respuestas a la actora a los derechos de petición presentados, informándole que su traslado no era posible, teniendo en cuenta que la demandante se desplaza en un vehículo propio y siempre había llegado a trabajar en su vehículo al establecimiento de comercio en ejercicio de sus funciones, además porque no habían vacantes en la tienda metro banderas, por todas las reorganizaciones que ha habido en los últimos 4 años, y ha habido supresión de otros cargos, por eso se le dio una respuesta negativa a la solicitud del traslado, resalta que desde el inicio de la vinculación con CENCOSUD, la actora ha desempeñado sus funciones en la tienda metro de Soacha, por lo cual en ningún momento hubo alguna vulneración o discriminación en cuanto a la solicitud del traslado. Que no se hizo estudio psicosocial respecto de la movilidad del trabajo de la demandante desde el 21 de junio y el 4 de agosto de 2018, porque no existe esa necesidad, nunca hubo un requerimiento de la EPS ni de la ARL de la necesidad hacer ese tipo de análisis, teniendo en cuenta que desde el inicio la trabajadora fue contratada para trabajar en la tienda de Soacha, máxime si se tiene en cuenta que no hay ningún riesgo psicosocial en el caso de la demandante. Que si bien la empresa CENCOSUD conocía de la enfermedad que padecía la demandante, esto es, poliomielitis, de conformidad con la carta de terminación del contrato, se observa que las causas allí invocadas no tienen nada que ver con los padecimientos de salud de la actora, no es un acto discriminatorio, pues la justa causa se demostró. Que en la carta del 28 de octubre de 2014, en la que se resuelve el recurso de apelación se mencionó a la demandante como "extrabajadora", pero en la parte final de dicha documental se condiciona la desvinculación a la decisión del Ministerio del trabajo. Que CENCOSUD remitió varios requerimientos a la demandante a la dirección que había registrado en la hoja de vida, y que coincide con la demanda para que se presentara a trabajar. Que a pesar de que la demandante tiene polio, y tuvo unas fracturas de unos huesos de la actora, siempre se estuvo atento a lo que requería para atender a su salud. Que no tiene claro el estado de salud de la demandante desde el 21 de

junio al 4 de agosto de 2018, pues las incapacidades que allegó se prescribieron por conjuntivitis y enfermedad general.

Por las acotaciones legales y jurisprudenciales expuestas, para la Sala las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones tanto en moderadas, como en severas y profundas, así lo contempla su artículo 1 en que edifica sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimitó el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, así como los interrogatorios de parte, extraña la Sala que la demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001 y del cual deviene que a la finalización del vínculo laboral se dio con ocasión a su estado de salud, con el fin de establecer si se encuentra dentro de alguno de estos parámetros de discapacidad o minusvalía y consecuentemente determinar si es beneficiaria o no del fuero laboral en condiciones de debilidad manifiesta que depreca en su escrito de demanda, sin que por tanto aportara prueba siquiera sumaria a efectos de acreditar que se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Frente al tema, vale la pena traer a colación reciente sentencia **SL572 de 2021** en la que adocrinó:

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

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional."

Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

En el presente asunto, es evidente que la demandante padece una patología denominada poliomielititis, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores, **no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor**, lo que no se encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología que padece no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues vale la pena resaltar que del certificado médico ocupacional por valoración proferido por COLMEDICOS, se concluye que la alteración a nivel de miembros inferiores, no le genera limitaciones en el desempeño de su trabajo habitual, empero sugiere implementación de medidas necesarias para adaptar el puesto de trabajo y mitigar un eventual deterioro adicionales, conforme se observa a folio 76 del expediente,

sin que por tanto la POLIOMELITIS que padece active a su favor la protección deprecada en la demanda, pues la limitación que ella produce en la salud no le afecta desarrollar su labor.

Ahora bien, al revisar la documental que milita a folio 33 a 36 con fecha del 4 de agosto de 2018, mediante la cual la empresa demandada decidió dar por terminado el contrato de forma unilateral y con justa causa, en el que se le aduce a la demandante incurrió en una falta grave disciplinaria incumpliendo las obligaciones propias de su cargo, de acuerdo con los numerales 1, 17, 24, 26, 32, 34, 36 y 37 del Art. 45, así como los numerales 4 y parágrafo del Art. 47, numeral 3 del artículo 50 del Reglamento Interno del Trabajo; numeral 1 del artículo 58, numeral 4 del artículo 60 y numerales 6 y 19 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así pues, a folios 230 a 236 reposa Reglamento Interno de trabajo, en el que en su artículo 47 establece las prohibiciones para los trabajadores, especificando en su numeral 4: "**4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso de la empresa, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.**"

A su turno, el numeral 3º del artículo 50 *ibídem* establece como falta grave la "**La falta total del trabajador a sus labores durante el día sin excusa suficiente, por tercera vez.**"

Ahora bien, dispone el CAPITULO XVII en su artículo 51 PROCEDIMIENTOS PARA COMPROBACION DE FALTAS Y FORMAS DE APLICACIÓN DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIO, que:

"ARTICULO 51. DERECHO A SER ESCUCHADO. – *Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador representado por un delegado del Área de Recursos Humanos o las personas facultadas en el artículo 42 de este Reglamento para imponer sanciones, deberán oír al trabajador inculpado directamente y si éste es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical a que pertenezca. En todo caso se dejará constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva. (Art. 155 CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO).*"

En ese sentido, se tiene por acreditado que a la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA se le garantizó el procedimiento establecido no solamente en el Reglamento Interno de Trabajo, sino en el Código Sustantivo del Trabajo, esto es,

a ser escuchado, conforme se extrae de la diligencia de descargos llevada a cabo el 30 de julio de 2018, en la que la misma demandante confesó que recibió las citaciones y requerimientos efectuados por la demandada para que se presentara a trabajar en la Tienda Metro de Soacha, pero que ésta no asistió por cuanto se encontraba incapacitada y a la espera de la respuesta del derecho de petición remitido a la Compañía demandada.

No obstante lo anterior, también confesó que si bien se encontraba incapacitada del 23 al 25 de junio de 2018, del 30 de junio al 2 de julio de 2018, del 7 al 9 de julio de 2018 y del 26 al 28 de julio de 2018, incapacidades que fueron aportadas a la diligencia, para el resto de días, contados a partir del 21 de junio no se encontraba incapacitada, no encontrando justificación alguna a la ausencia los días 21 y 22 de junio, 26 al 29 de junio, 3 al 8 de julio y del 11 al 25 de julio de 2018, conforme se le indicó en la carta de terminación visible a folios 33 a 36 del expediente.

En ese sentido, conforme lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T. el contrato de trabajo se puede terminar por justa causa por "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."

Correspondiendo en el primer caso la calificación de la gravedad de la falta al juez del trabajo, y en el segundo caso, su determinación se encontraría a cargo de las partes del contrato de trabajo, o en el reglamento interno, entre otros, situación que es aplicable al presente asunto, conforme documental visible a folio 230 y siguientes del plenario. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicado 38855 del 28 de agosto de 2012)

Teniendo en cuenta lo anterior, debe concluirse que la demandada probó la justa causa alegada en la carta de terminación de la relación laboral, pues la demandante incumplió con las prohibiciones establecidas en el contrato de trabajo, así como también incumplió con las prohibiciones establecidas en el reglamento interno de trabajo visibles a folios 230 y ss. del *paginario*, pues su obligación recaía en justificar que sus ausencias obedecían a incapacidades prescritas por su médico tratante, situación que no sucedió, pues se reitera tal y como lo confesó la demandante no

solo en la diligencia de descargos, sino en el interrogatorio de parte, que las incapacidades no fueron otorgadas de manera continua, situación que a todas luces configura una falta grave por parte de la trabajadora, bajo el entendido que tenía conocimiento que debía justificar su ausencia y la omisión de dicha justificación a sabiendas que no tenía motivo para ausentarse de su trabajo genera ruptura de la confianza que debe mediar en toda relación laboral, en especial en aspectos tan relevantes como la de la de buena fe y honestidad, conforme lo dispone el numeral 17 del Art. 45 del Reglamento Interno del Trabajo, razones suficientes para llegar a la conclusión que aunque no estuviera calificada la falta, lo cual sí ocurrió, lo cierto es que los hechos endilgados a la actora, se enmarcan en una falta grave constitutiva de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

En este punto de la decisión vale la pena resaltar que no es objeto de discusión la enfermedad de POLIOMELITIS que padece la demandante desde muy corta edad, no obstante, al revisar y analizar cuidadosamente las incapacidades que allega a la diligencia de descargos a efectos de justificar su ausencia, se puede concluir que las mismas fueron prescritas por otras patologías a saber, tal es el caso de la otorgada del 23 al 25 de junio de 2018 en la que se da por "Enfermedad General", sin que se especifique la patología por la cual acudió al médico, inclusive reposa una incapacidad en el plenario por 3 días del 7 al 9 de marzo de 2018 en la que le dan 3 días de reposo por conjuntivitis aguda, por lo que no se cuenta a ciencia cierta con que dichas incapacidades hayan sido por la enfermedad de POLIOMELITIS que padece, o por otras causas ajenas a la misma.

En todo caso, tal y como quedó demostrado con anterioridad, quedó acreditado que la causal para dar por terminado el contrato de trabajo obedeció a la falta de justificación para ausentarse de los días 21 y 22 de junio, 26 al 29 de junio, 3 al 8 de julio y del 11 al 25 de julio de 2018, superando los 3 permitidos por el Reglamento Interno del Trabajo, por lo que se reitera la configuración de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Por otro lado, debe señalarse que la estabilidad laboral reforzada **no se predica de manera automática** cuando el trabajador tenga una afectación de salud, sino que por el contrario recae sobre la actitud del empleador en la decisión que toma, la cual puede estar estrechamente ligada con el estado de salud del trabajador, esto es, la decisión discriminatoria de dar por terminado el contrato laboral, junto con un nexo

de causalidad entre la terminación del vínculo laboral y el estado de salud del trabajador.

En el presente asunto, no puede predicarse que la actitud de la empresa demandada, haya tenido un tinte discriminatorio frente al estado de salud del demandante, pues si bien el mismo representante legal de la demanda manifestó en el interrogatorio de parte que desde que fue contratada en el año 2006 la actora, tenían conocimiento de la enfermedad que padecía, y no por eso se le discriminó en algún momento, por el contrario, en aras de garantizarle su situación, solicitó para el año 2014, cuando tuvo lugar el primer despido, autorización al Ministerio del Trabajo permiso para despedir, a pesar de que en dicha oportunidad también se configuró la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Así pues, sin lugar a dudas la parte activa de la presente Litis, no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo, pues si bien trae a colación en el líbello introductorio la enfermedad que padece, no acredita que haya sido por dicha circunstancia por la cual se ausentó los días anteriormente mencionado, y en segundo lugar a pesar de que estuvo incapacitada por otras patologías durante los meses anteriores a la finalización del vínculo laboral, no obra dentro del plenario prueba alguna que acredite que para el día de la finalización de la relación laboral se encontrara incapacitada, pues tan sólo se tenía conocimiento que su última incapacidad data del 28 de julio de 2018.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador en ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita que inicialmente padece de POLIOMELITIS y fue incapacitada por diferentes patologías, posiblemente no derivadas de su enfermedad de base, se observa una actitud de la empresa demandada tendiente a proteger los derechos del trabajador, máxime cuando se envió sendos requerimientos a la vivienda de la demandante, a efectos de que se presentara en su lugar de trabajo, la señor MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA no solamente

hizo caso omiso a dichos requerimientos, sino que en la diligencia de descargos no justificó su ausencia en los días antes mencionados.

En ese sentido, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas, sino que por el contrario, por la situación tantas veces mencionada, se configure la falta grave que establece el Reglamento Interno de Trabajo a efectos de dar por finalizado el contrato de trabajo con justa causa, y en ese orden **no se logra vislumbrar el nexo entre la finalización del vínculo y el estado de salud del demandante.**

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por el demandante, fue la condición de incapacidad, lo cual era su responsabilidad probatoria para el momento del despido, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

En el caso bajo examen, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del actor, si debió acreditar si quiera que para la fecha de la finalización del vínculo se encontraba incapacitado, o incluso el trámite de una calificación de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha, pues a pesar de que lo menciona en la demanda, no se probó dicha circunstancia, pues en términos de porcentajes no se dio ni siquiera en el curso del litigio y, por ende, no se pudo acreditar el grado de afectación en la salud al menos en el carácter moderado, es decir que no se pudo activar a favor de la señora MARTHA CECILIA SILVA SALAMANCA la protección en el sentido que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la POLIOMELITIS que padece la demandante, sino que se reitera que se dio por haberse configurado una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Sólo una vez en aquel escenario, esto es, que se acredite que se encontrara incapacitado al momento de la finalización del vínculo, podría entenderse que la parte actora estaba amparada por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que

hubo una causa objetiva en la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar la Sala que las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador que sí desplegó el empleador demuestran precisamente que, no era merecedora de la protección legal que pretendió originalmente (Sentencia SL3813 con Rad. 72706 de 2019).

En atención a las consideraciones antes expuestas; se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería el reintegro deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, no quedando otro camino que **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a CENCOSUD COLOMBIA SAS de las pretensiones incoadas en la demanda. En consecuencia, declarar la validez de la terminación del vínculo laboral.

Dadas las resultas del proceso, la Sala se releva del estudio de los demás puntos de apelación.

COSTAS EN ESTA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2020 por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a CENCOSUD COLOMBIA SAS de las pretensiones

incoadas en la demanda. En consecuencia, declarar la **validez** de la terminación del vínculo laboral por parte de la enjuiciada.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220190014601)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220190014601)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501220190014601)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 03-2019-00372-01

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARIA TERESA CORZO ADAME
DEMANDADOS: COLPENSIONES
ASUNTO : RECURSO APELACION (DEMANDADA)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (fls. 47 a 54), así como Colpensiones (fls. 57 a 63) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MARIA TERESA CORZO ADAME instauró demanda ordinaria laboral contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 31):

DECLARATIVAS:

- 1) Que la señora MARIA TERESA CORZO ADAME, como beneficiaria del régimen de transición se le re-liquide su pensión de jubilación de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y/o Acuerdo 049 de 1990.
- 2) Que la señora MARIA TERESA CORZO ADAME le asiste derecho a la pensión de vejez en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990.
- 3) Ordenar a la entidad demandada, liquidar la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados, sobre el valor real de su pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990, en los términos del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

CONDENATORIAS:

- 1) A Colpensiones a efectuar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, establecida en el Acuerdo 049 de 1990, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir de que MARIA TERESA CORZO ADAME adquirió el estatus pensional.
- 2) Costas procesales.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contestó la demanda (fs. 35 y 36) de acuerdo al auto visible a folio 38. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 3º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de noviembre de 2020. **DECLARÓ** que a la demandante MARIA TERESA CORSO ADAME le asiste el derecho a la re-liquidación de la pensión de vejez, reconocida a partir del 8 de diciembre de 2005, en cuantía inicial de \$2.882.938,29 pesos. **DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción propuesta por la demandada, con relación a las diferencias de las mesadas pensionales generadas con la re-liquidación con anterioridad al 18 de enero de 2015. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar las diferencias pensionales retroactivas con posterioridad al 18 de enero de 2015, las cuales ascienden con corte al mes de septiembre de 2020, a la suma de \$2.867.009, valor que deberá ser debidamente indexado al momento de su pago. **COSTAS** a cargo de la parte demandada Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

RELIQUIDACIÓN MESADA PENSIONAL: Solicita se revoque en su integridad la sentencia proferida, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta en primer lugar se evidencia que las pretensiones de la demanda carecen de fundamento, por cuanto como bien lo señaló el Juez, la parte actora no cumplió con la carga de la prueba para acceder a las pretensiones de la demanda, mas aun cuando el apoderado de la parte demandante, solicita en los fundamentos facticos y jurídicos que se re-liquide la prestación con la normatividad anterior a la normatividad de la Ley 100 de 1993, es por esta circunstancia que no resulta de recibo que Colpensiones sea condenada cuando la parte demandante no cumplió con su deber probatorio, cuando por el contrario, lo que hizo el Despacho, fue acomodar la demanda incoada por la parte demandante, dando como resultado la condena de reliquidación por parte de Colpensiones, situación que solicita sea tenida en cuenta.

Así mismo, es del caso advertir que Colpensiones efectuó la re-liquidación de la pensión de la demandante, no con base en la resolución que allegó la parte demandante, sino con la SUB 318333 del 1 de febrero de 2018, en ella se evidencia que Colpensiones hizo el estudio pensional correspondiente, donde resultó re-liquidar la pensión reconocida por el ISS. En ese estudio se tuvieron en cuenta un total de 1599 semanas, adicionando 4 a las que se tuvieron en cuenta al momento del reconocimiento pensional, así como los factores salariales objeto de cotización al sistema general de pensiones, en consecuencia, la reliquidación obedeció a las semanas efectivamente cotizadas y por lo tanto será la que deberá tenerse en cuenta dentro del presente proceso.

Es importante señalar que en la resolución SUB318333 del 1 de febrero de 2018, Colpensiones realizó un pago a la demandante por concepto de retroactivo pensional, circunstancia que no se mencionó por el Juzgado, y en ese sentido se generaría un doble pago a la demandante.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta*

dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la señora MARIA TERESA CORZO ADAME tiene derecho a la re-liquidación del IBL de su mesada pensional tomando como promedio de semanas cotizadas en toda su vida laboral, incluyendo la totalidad de factores salariales. **2.** Excepción de prescripción.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que el extinto ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, le reconoció pensión de vejez a la señora MARIA TERESA CORZO ADAME mediante **Resolución No. 003515 del 30 de enero de 2006**, conforme el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta 1595 semanas, con un IBL de \$3.164.087, aplicando el 90% de tasa de reemplazo, arrojando como primera mesada pensional a partir del 8 de diciembre de 2005 la suma de \$2.246.678 (fls. 14).

Posteriormente, mediante **resolución No. SUB 31833 del 1 de febrero de 2018**, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, re-liquidó la prestación reconocida a la demandante, manteniendo el régimen inicialmente otorgado, con fundamento en 1599 semanas, con un IBL de \$4.683.497, aplicando el 90% de tasa de reemplazo, dando como mesada pensional a partir del 18 de enero de 2015 la suma de \$4.215.148 (fl. 14)

RELIQUIDACION PENSIÓN DE VEJEZ:

Sea del caso precisar que, la parte demandante solicita sean incluidos la totalidad del tiempo de servicio prestado por ésta, durante su vida laboral, aplicando el 90% de tasa de reemplazo.

Así pues, el IBL de la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, se rige por el inciso 3° del artículo 36 *ibidem*, mientras que para aquellos que les faltaban 10 años o más para consolidar su derecho, debe aplicarse lo establecido en el artículo 21 *ibidem*, lo cual no trasgrede el principio de inescindibilidad de la norma, pues tal cálculo procede por mandato expreso del legislador y garantiza la aplicación integral de la normativa que previó y reguló el régimen de transición, en la medida en que estableció los beneficios que se aplicarían a sus beneficiarios.

Así pues, la señora MARIA TERESA CORZO ADAME nació el 8 de diciembre de 1950, conforme copia de cédula de ciudadanía vista a folio 29 del plenario, razón por la cual cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año de 2005, esto es, faltándole más de 10 años para adquirir el derecho, razón por la cual ha de traerse a colación lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993:

“ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.”

En el presente caso, conforme se desprende de las resoluciones reconocedoras de la prestación fue reconocida con fundamento en **1599** semanas, lo cual, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, permite conformar el Ingreso Base de Liquidación bien con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años o el de toda su vida laboral, escogiendo el que le resulte más favorable.

En este orden de ideas, solicita la parte demandante le sean incluidas todos y cada uno de los factores salariales devengados, sobre el valor real de su pensión,

prevista en el Acuerdo 049 de 1990, en los términos de la Ley 100 de 1993 (Pretensión declarativa No. 3 – fl. 5),

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL1396 con radicación No. 61666 del 9 de abril de 2019:

*[...] consagra de manera expresa los factores que conforman la base salarial de las pensiones reguladas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que justamente sirven como base para hacer los aportes al sistema de pensiones, **por lo que NO pueden incluirse conceptos diferentes que, si bien hubiesen sido devengados por el trabajador, no fueron tenidos en cuenta para las respectivas cotizaciones;** y que el sistema general de seguridad social integral se soporta fundamentalmente en las cotizaciones que hagan los obligados y, por ende, las prestaciones económicas otorgadas deben ser un reflejo directo de los aportes efectuados, de manera que la interpretación más acorde con la estructura y finalidad del sistema es aquella que entiende que la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, debe hacerse teniendo en cuenta los ingresos recibidos por el afiliado que sirvan de base para el cálculo de las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones.*

Así pues, la Sala procedió a establecer el valor de la mesada, con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, calculando el IBL con el promedio de TODA LA VIDA y el de los ÚLTIMOS DIEZ AÑOS **cotizados** efectivamente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, pues es la base para efectuar los aportes y serán los mismos para liquidar la prestación.

Aclarado lo anterior, de acuerdo a la liquidación efectuada con apoyo del profesional del Grupo Liquidador la cual hace parte integral de esta sentencia, se obtuvo un IBL \$3.186.061,44 correspondiente a las cotizaciones de lo promediado en los últimos 10 años, *por resultar más favorable*, que al aplicar el 90% de tasa de reemplazo, actualizado al año 2005, arroja una mesada inicial de **\$2.867.455,29**, que actualizada al año 2015 arroja una mesada de \$4.223.867,14, siendo la misma **SUPERIOR** al valor re-liquidado por la

accionada en resolución No SUB 31833 del 1 de febrero de 2018 reconocida en la suma de \$4.215.148 para el año 2015.

Debe resaltarse que esta liquidación incorporó la actualización de cada uno de los salarios cotizados por el demandante conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, y tal como lo ordena el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, así como la totalidad de factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Teniendo en cuenta lo anterior, y por estar conociéndose en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la señora María TERESA CORZO ADAME le asiste derecho a la re-liquidación de la pensión de vejez reconocida a partir del 8 de diciembre de 2005, en cuantía inicial de **\$2.867.455,29.**

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Previo a resolver lo referente al retroactivo pensional, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales.

Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde el **30 de enero de 2006**, fecha de expedición de la **Resolución No. 003515 –Acto Administrativo reconocedor de la prestación-**, o en ese mismo término haber

instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo de la re liquidación de la prestación, límite que en todos los casos dejó vencer la parte actora como quiera que solicitó el reconocimiento de la re liquidación con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, objeto de la presente Litis, el 18 de enero de 2018, solicitud que le fue resuelta mediante Resolución SUB No. 31833 del 1 de febrero de 2018, en la que la entidad convocada a juicio aplicó la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la demandante dejó transcurrir más de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento desde que se causó el derecho, lo que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo sobre las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 18 de enero de 2015, esto es, 3 años atrás a la presentación de la reclamación administrativa conforme lo estableció el A quo, razón por la cual procede a **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, de todas aquellas mesadas causadas con anterioridad al 18 de enero de 2015, confirmando de ésta manera el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

DIFERENCIAS EN EL RETROACTIVO PENSIONAL:

En consecuencia a lo que se viene exponiendo, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a Colpensiones por concepto de diferencia de retroactivo pensional la suma de **\$726.854,68** según liquidación efectuada con apoyo del profesional del grupo liquidador adscrito a la Sala, Acuerdo PSAA 15-10323, la cual hace parte integral de la presente sentencia, calculada desde el 18 de enero de 2015 con corte al 30 de septiembre de 2020, junto con 13 mesadas al año, sin perjuicio de las que a futuro se causen.

Costas. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la señora **MARÍA TERESA CORZO ADAME** le asiste derecho a la re-liquidación de la pensión de vejez reconocida a partir del 8 de diciembre de 2005, en cuantía inicial de **\$2.867.455,29.**

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones por concepto de diferencia de retroactivo pensional la suma de **\$726.854,68**, calculada desde el 18 de enero de 2015 con corte al 30 de septiembre de 2020, junto con 13 mesadas al año, sin perjuicio de las que a futuro se causen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida por el 24 de noviembre de 2020 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500320190037201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500320190037201)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500320190037201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación 10-2017-00207-02

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ
DEMANDADOS:

- **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS COMO ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**
- **ASESORES EN DERECHO SA COMO MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN PANFLOTA DE LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA (ENTIDAD CERRADA)**
- **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**
- **PATRIMONIO AUTÓNOMO REMANENTES PANFLOTA ADMINISTRADO POR LA FIDUCIARIA LA PREVISORA FIDUPREVISORA SA**
- **AFP PORVENIR SA**
- **MINISTERIO PÚBLICO**

**ASUNTO : RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE
RECURSO PARTE DEMANDADA: MINISTERIO PÚBLICO,
PORVENIR SA, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS
y FIDUCIARIA LA PREVISORA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante y demandada (Ministerio Público, Porvenir SA, Federación Nacional de Cafeteros y Fiduciaria La Previsora) en contra

de la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (fls. 2372 a 2386), así como la Federación Nacional de Cafeteros (fls. 2388 a 2399) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ instauró demanda ordinaria laboral contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, ASESORES EN DERECHO SAS, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FIDUPREVISORA SA y AFP PORVENIR SA , con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 620 y Vto.):

PRETENSIÓN PRINCIPALES:

- 1) Declarar que el señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ, fue trabajador de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA SA hoy COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA entidad cerrada por orden de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de su función jurisdiccional.
- 2) Condenar a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación PANFLOTA de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, entidad cerrada; a expedirle al señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ, la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA, entidad cerrada.
- 3) Condenar a la FIDUCIARIA LA PREVISORA como administradora y vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO – PANFLOTA, a pagar a la AFP PORVENIR SA, el título pensional o cálculo actuarial, que le corresponde al señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana SA hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, entidad cerrada.

- 4) Condenar a la AFP PORVENIR SA, a tener en cuenta el tiempo laborado por el señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ en la Flota Mercante Grancolombiana SA, para la pensión de vejez por aportes.
- 5) Declarar que el señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ cumple todos los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez, a partir del 17 de octubre de 2017, fecha en que se causa y debe empezarse a disfrutar la pensión de vejez.
- 6) Condenar a las demandadas a pagarle al señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ los perjuicios morales y materiales de conformidad al Art. 16 de la Ley 446 de 1998, por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial, el cual se estima en 100 SMLMV.
- 7) Condenar a la AFP Porvenir SA a pagarle al señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ el valor correspondiente a los intereses de mora, que se causen a partir del 17 de octubre de 2017, fecha en que se causa la pensión y debe re-liquidarse, teniendo en cuenta el tiempo laborado por el señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ, en la Flota Mercante Grancolombiana SA, cerrada.
- 8) Costas procesales.

PETICIONES SUBSIDIARIAS:

- 1) **A la pretensión tercera.** Por efectos de la responsabilidad subsidiaria, se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, a pagarle a la AFP Porvenir SA, el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde al señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ, por el tiempo laborado de la Flota Mercante Grancolombiana SA.
- 2) **A la pretensión tercera y décima.** Por efectos de la responsabilidad subsidiaria se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como titular jurídico de la cuenta – FONDO NACIONAL DEL CAFÉ a pagarle a la AFP PORVENIR SA el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde al demandante por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana SA.
- 3) **A la pretensión quinta.** Condenar a la AFP PORVENIR SA a re-liquidarse la pensión de vejez al actor, teniendo en cuenta el bono pensional por el

tiempo laborado por el señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ, en la Flota Mercante Grancolombiana SA, desde el 17 de octubre de 2017, fecha en que se causa y debe empezar el disfrute de dicha prestación, junto con todos los incrementos anuales legales hasta la fecha real de pago.

- 4) **A la pretensiones séptima.** Se condene a la AFP Porvenir SA, a pagarle al señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ, todas las sumas debidamente indexadas.

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (fls. 1041 a 1062), LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (fls. 648 a 665), AFP PORVENIR SA (fls. 2149 a 2195), de acuerdo al auto visible a folio 2197. Se opusieron a las pretensiones del demandante y propusieron excepciones de mérito.

Mediante auto del 3 de enero de 2018 dio por NO contestada la demanda por parte de FIDUPREVISORA SA. Teniendo en cuenta que se dio por no contestada la demanda a una entidad estatal, ordenó notificar al Ministerio Público (fl. 2197 y 2198).

ASESORES EN DERECHO SAS (fls. 2244 a 2265), de acuerdo al auto visible a folio 2268. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 10º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de julio de 2020. **DECLARÓ** la existencia de los contratos de trabajo entre el demandante EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ y la sociedad FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, entre el 5 de mayo de 1979 al 27 de octubre de 1981 con salario promedio \$19.626,46 y desde el 22 de enero de 1982 al 20 de febrero de 1990, con un salario básico promedio de \$379.555,59 en el cargo de limpiador. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a la elaboración del cálculo actuarial por los tiempos laborados para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, comprendido en los periodos del 5 de mayo de 1989 a 27 de octubre de 1981, con salario de referencia \$19.626,46 y desde el 22 de enero de 1982 al 20 de febrero de 1990, con salario de base promedio de \$379.555,59. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a computar en la historia laboral del demandante EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ el

tiempo laborado para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, comprendido en los periodos del 5 de mayo de 1979 al 27 de octubre de 1981 y desde el 22 de enero de 1982 al 20 de febrero de 1990. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a reconocer la pensión de vejez al señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de enero de 2020, dando aplicación a la garantía de pensión mínima, en suma equivalente al SMLMV y deberá una vez ingresen los dineros del cálculo actuarial de los periodos ordenados en esta sentencia numeral 3, realizar la re-liquidación de la pensión conforme el capital acumulado en la cuenta individual, a la modalidad de pensión que escoja el demandante y los demás factores establecidos que tienen incidencia en la Ley como la edad, expectativa de vida y beneficiarios. **DECLARÓ** que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, tiene responsabilidad subsidiaria como matriz y controlante de la sociedad COMPAÑÍA DE INVERSIONES FLOTA MERCANTE posteriormente COMPAÑÍA DE INVERSIONES LA FLOTA MERCANTE SA, respecto de las obligaciones pensionales de la extinta CIFM y en consecuencia se le condena a realizar el pago de los recursos necesarios para cubrir el pago del cálculo actuarial con destino a la AFP Porvenir SA. Por los periodos laborados por el demandante EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ a la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, dichos pagos deberán hacerse con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, administrada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, dineros que deberán ser enviados al PATRIMONIO AUTÓNOMO FUENTES DE PAGO administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA SA. **CONDENÓ** a ASESORES EN DERECHO SAS a que en su calidad de mandataria con representación con cargo a PANFLOTA DE LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA; debe elaborar el acto administrativo de reconocimiento de los cálculos actuariales emitido por la AFP Porvenir SA a favor del señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ por los tiempos laborados por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, comprendido entre el 5 de mayo de 1979 al 27 de octubre de 1981 con salario referencia \$19.626,46 y desde el 22 de enero de 1982 al 20 de febrero de 1990 con salario de referencia de \$379.555,49, conforme al Decreto 1887 de 1994. **CONDENÓ** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FUENTE DE PAGOS a que una vez como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FUENTE DE PAGOS debe entrar a realizar el pago de los cálculos actuariales establecidos por la AFP Porvenir SA, y de conformidad al acto administrativo que

debe ser proferido por ASESORES EN DERECHO SAS en su calidad de mandataria con representación con cargo a PANFLOTA DE LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA, y al no contar con los recursos suficientes deberá realizar el pago una vez se le hayan entregado los recursos de los cálculos actuariales ordenados en esta sentencia, una vez sean recibidos por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y deberá realizar el pago correspondiente a la AFP Porvenir SA. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción propuesta por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, por las pretensiones de la demanda y por lo tanto se absuelve de las pretensiones incoadas en su contra. **DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuestas por las demandadas FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, AFP Porvenir SA y ASESORES EN DERECHO SAS en su calidad de mandataria con representación con cargo a PANFLOTA DE LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA, respecto de los perjuicios morales y materiales, intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y por lo tanto se absuelve a las demandadas de estas pretensiones en su contra. **COSTAS** a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

ACLARACIÓN DE SENTENCIA

Aclara el numeral 9 de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de indicar que ASESORES EN DERECHO SAS actúa en su calidad de MANDATARIA CON REPRESENTACIÓN con cargo a PANFLOTA.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

SALARIO DEVENGADO POR EL DEMANDANTE: En cuanto a los salarios devengados por el demandante, señala que las primas extralegales de

servicios son salarios en cumplimiento al numeral 1º del Pacto de Nueva York de 1965, en este Pacto se acordó que una de las quincenas, que la empresa aceptaría dar en tratamiento de salario de que trata el Art. 127 a partir de la fecha, en el aumento de la quincena de diciembre sobre la prima de servicios, aprobada por el Laudo Arbitral del 5 de julio de 1964, y que posteriormente, el Laudo Arbitral fue objeto de una demanda, en lo cual dijo la Corte Suprema de Justicia que el Laudo Arbitral de 1981 al homologar dicho laudo, dejó establecido que dichos pactos, incluido el de Nueva York, era Ley para las partes, por ello la empresa tenía como salario una quincena de las cuatro que pagaba como prima extralegal, haciendo dicha precisión, el Juez de instancia estableció como último salario percibido por el demandante, es claro que aplicando el Decreto 1780 de 1994, el valor del cálculo actuarial da una suma superior a \$584.100.058, eso quiere decir que si nos retrotraemos al 5 de julio de 2017, el demandante sí tenía, no solamente las semanas, que son 1459, sino además el capital suficiente si quiera para 3 SMLMV, lo que sucede es que Porvenir envía un cálculo actuarial con el valor del 1 de abril de 1994, lo que induje a error al Despacho, sino como está probado en el expediente, Porvenir indicó al demandante que no tenía derecho ni siquiera a una pensión mínima, porque solamente tenía en ese entonces 700 semanas y por lo tanto no tenía derecho, sino a la devolución de saldos. En ese sentido, si se reconoce el tiempo laborado para la Flota Mercante de 1979 a 1990, sino que Porvenir va a enriquecerse ilícitamente, porque le va a llegar un dinero adicional, por no haberle pagado la pensión al demandante, sino que le llega con intereses de DTF más 3 puntos. Y es que los fondos de pensiones reciben del Estado la pensión mínima, y solo se la reconoce cuando lo ordena judicialmente, y por ello debe ser reconocida desde el momento en que se le causó el derecho al trabajador, porque hay enriquecimiento para dos entidades, por un lado para el fondo de pensiones, por tener más dinero y de otro lado, porque el pensionado no va a pagar el 12% de Seguridad Social, y ahí viene el fraude de los fondos de pensiones al Sistema de Seguridad Social, porque no están haciendo esos descuentos para que vayan al Sistema de Salud, por ello la pensión debe decretarse desde su momento y hacerse efectivo el descuento de salud, y además porque llega el dinero suficiente, de acuerdo al cálculo actuarial, porque Porvenir SA ha venido haciendo una serie de irregularidades que ya se hicieron las correspondientes denuncias penales respecto a estos cálculos

actuariales donde están liquidando con un menor valor para defraudar el Sistema Pensional. Por eso es claro que corresponde el cálculo actuarial, en cumplimiento al Decreto 1887, el valor superior a \$584.100.058.

RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN VEJEZ E INTERESES MORATORIOS:

El reconocimiento de la pensión debe hacerse desde el año 2017 y ordenarse a Porvenir no solamente pagar la pensión, sino los intereses moratorios en cumplimiento de la SU 065 de 2018 que su vez trae a colación la C – 601 de 2000, donde le ordena a la Corte Suprema de Justicia, cambiar su jurisprudencia para ordenar que en todos los casos procede los intereses moratorios, cuando el pensionado no ha recibido su mesada pensional por ser la forma de resarcir los perjuicios que le causaron por no pagarle la pensión.

INDEXACIÓN: por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C – 601 de 2000 indicó que la indexación de la primera mesada pensional es un derecho fundamental y que por lo tanto debe ser aplicada a todas las mesadas pensionales.

EXONERACIÓN AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO:

Señala que desde la Ley 66 de 1942, el Estado subrogó el derecho a pagarle a las deudas que quedaran del Fondo Nacional del Café, y así lo estableció el concepto del 15 de febrero de 2001 de la Sala de consulta Civil del Consejo de Estado, máxime cuando hoy hay un proyecto de Ley en la cual el Estado Colombiano se subroga el pago de las pensiones de la Flota Mercante Grancolombiana, en ese proyecto de Ley dice que el Estado Colombiano debe pagar las pensiones, y en ese sentido se dice en ese proyecto que el dueño de la Flota Grancolombiana es el Estado, en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros, por ello se solicita que el Estado Colombiano debe pagar las pensiones, y en este sentido se debe modificar la sentencia y el Ministerio pagar las mesadas pensionales.

COSTAS: Teniendo en cuenta el fallo proferido, la AFP Porvenir SA no puede ser exonerado del pago de las costas procesales.

La parte demandada (**MINISTERIO PÚBLICO**) presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

INTERESES MORATORIOS: De conformidad con el Art. 48 de la C.P. y el Art. 2 de la Ley 100 de 1993, uno de los principios estructurales del Sistema de Seguridad Social en Colombia, es el principio de eficiencia que obliga a los actores del Sistema de Seguridad Social a disponer de manera más armónica y eficiente los recursos públicos, administrativos y económicos con los que cuenten, principalmente en beneficio de los afiliados al sistema, por cuanto uno de los aspectos que reconoce la Ley 100 de 1993 es que obliga al fondo de pensiones para que cumpla con el principio de eficiencia, el reconocimiento de una cuota de administración, por cada uno de los afiliados que tiene a su cargo, esa cuota de administración la cobran para administrar y disponer de los recursos de los afiliados, eso les impone una obligación de diligencia y cuidado de los recursos sobre todo el tiempo de la afiliación, desde el momento en que se afilia el afiliado hasta el momento en que se pensiona, en armonía con el Art. 53 de la C.P., recordando que el derecho de la seguridad social en pensiones es irrenunciable. Así las cosas, y de conformidad con el principio de eficiencia, y la cuota de administración que cobran los fondos de pensiones, estos se convierten en interlocutores de los afiliados en la tramitación de los bonos pensionales y cálculos actuariales ante las entidades correspondientes, en el caso concreto el demandante solicitó a Porvenir el 28 de diciembre de 2016 el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin embargo la AFP se limitó a señalar que en su cuenta de ahorro individual existía una suma aproximada de \$19.000.000, sin corroborar la historia laboral o hacer ningún tipo de gestión a favor del afiliado para construir adecuadamente su historia laboral, se limitó a dar una respuesta meramente formal, esa obligación de la AFP no se queda en la Constitución ni en la Ley 100 de 1993, ha sido objeto de reglamentación para el efecto se trae a colación el Art. 20 de del Decreto 656 de 1994 y el Art. 48 del Decreto 1748 de 1995, en particular, el Art. 96 del Decreto 100656 de 1994, que en su inciso tercero, y es que la AFP no cumplió de manera oportuna y adecuada, y eficiente como se lo impone la Constitución y la Ley, la obligación de estructurar y conformar adecuadamente la Historia Laboral del afiliado, y a reclamar, si era del caso ante la Compañía de Inversiones Flota Mercante o ante cualquiera de las entidades que la sustituyó, que se

reconociera prontamente el cálculo actuarial y poder reconocer y comenzar a pagar la mesada pensada a partir del año 2017.

FECHA RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN: El Ministerio Público dice de la fecha a partir del cual se reconoció la mesada pensional, como quiera que si bien la sentencia reconoce una realidad, lo cierto es que reconocer una realidad preexistente que para el año 2017 ya se presentaba, el demandante era trabajador de la Compañía de Inversiones Flota Mercante, así constara en diferentes certificaciones y esta sentencia tan solo reconoce esa realidad preexistente, sin dejar de paso que en sede judicial también muestra una actitud totalmente omisiva, negligente respecto del derecho pensional de su propio afiliado, que depositó su confianza y recursos en este fondo de pensiones, de manera que para la Procuraduría es claro que de conformidad con la regulación de la Ley, le corresponde al fondo de pensiones proceder el reconocimiento de la mesada pensional provisional a partir del 17 de octubre de 2017, fecha a partir de la cual se configuraron los requisitos legales para ello, cumpliendo de sus propios recursos el dinero faltante para el reconocimiento pensional, mientras se resuelve lo del pago del cálculo actuarial y además, como se incumplió con esta obligación, con causales imputables al empleador, se acceda al reconocimiento y pago de los intereses moratorios que regula el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, como quiera que se presentó una mora en el pago de las mesadas pensionales desde el 17 de octubre de 2017.

La parte demandada (AFP PORVENIR SA) presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

CALCULO ACTUARIAL: Señala que el demandante pone en controversia la existencia laboral con la Compañía de la Flota Mercante, desde luego, Porvenir SA no conocía vínculo laboral alguno, si se parte del material probatorio obrante dentro del plenario, esto es, la sabana de la oficina de bonos pensionales, se observa que no se evidenciaron semanas por las que se están controvirtiendo, por lo que no puede decirle bajo ningún efecto que Porvenir hubiera tenido conocimiento de la relación laboral entre el actor y la Compañía de la Flota Mercante, máxime si se tiene en cuenta que Porvenir fue condenada a reconocer una pensión de garantía mínima es equivocada

ésta condena, porque en primer lugar, el demandante no contaba con ninguna semana para octubre de 2017, ello se observa con la documental aportada que de hecho se volvieron a aportar en el proceso, y el actor contaba tan solo con 700 semanas. Además, procesalmente si lo que se quería reconocer la existencia de una relación laboral, Porvenir no tiene inconveniente en realizar el cálculo actuarial, empero no hay certeza del tiempo laboral pretendido por el demandante.

No es posible procesalmente imponer una condena principal y una subsidiaria, pues el demandante solicita una pensión de vejez, no una pensión de garantía mínima, eso no fue controversia dentro del proceso, y la emisión de un cálculo actuarial, no es procedente ambas condenas, o el cálculo actuarial o el reconocimiento de la pensión de vejez, el cual tampoco es procedente desde el año 2017 porque no se tiene todavía el capital para ese reconocimiento.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ: Si bien en la demanda tan solo se solicita el reconocimiento de una pensión de vejez, no obstante el Juzgado reconoce una pensión de garantía mínima, cuando el demandante, para que se reconozca una pensión de garantía mínima deben reunirse unas circunstancias especiales, en ese caso que el actor cuente con medios económicos adicionales, si cuenta con vivienda, con otros ingresos, cosa que esta pensión de garantía mínima no es simplemente el reconocimiento, sino que Porvenir debe hacer el estudio de la condición pensional que el demandante escoja, así que no se puede impartir en la sentencia sea condenada a este reconocimiento pensional pues para ello, el Despacho debió estudiar esas circunstancias especiales para que una persona tenga el derecho de una pensión, pues no se saben las circunstancias adicionales del actor.

Ahora, la Juez procedió de manera equivocadamente en reconocer la prestación, en tanto una vez se emita el cálculo actuarial y sea cancelado, y entre dicho dinero a la cuenta de ahorro individual del demandante, es cuando el actor debe elevar nueva solicitud para que se estudie su situación pensional.

EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN: Debió declararla probada totalmente, pues Porvenir no contravino el derecho del demandante, pues el derecho se encontraba en controversia con un tercero.

La parte demandada (**FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**) presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA: Señala que si bien la Juzgadora de instancia realizó un paso más allá en el estudio de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, lo cierto es que no realizó el estudio pormenorizado de cada una de las probanzas allegadas, por eso en primera medida manifiesta que esta decisión debió apegarse al antecedente doctrinario, cuando el Consejo de Estado, mediante su Sala de Consulta Civil analizó la misma controversia y mediante Concepto Rad. 1307 del 15 de febrero de 2001 especificó que no era la Federación Nacional de Cafeteros la llamada a responder de manera subsidiaria de los emolumentos laborales y pensional, encargado de pagar por parte de la extinta Compañía de la Flota Mercante, ese medio material no fue tenido en cuenta a la hora de emitir la decisión correspondiente.

La sentencia SU 1023 de 2001, bajo ninguna circunstancia puede tenerse en cuenta dentro de las presentes diligencias, por cuanto la sentencia referida tiene unos destinatarios específicos, esto es, pensionados de la extinta Compañía de la Flota Mercante, grupo poblacional el cual no pertenece el demandante, y adicionalmente la Corte Constitucional fue clarísima en la parte resolutoria al mencionar que dicha providencia no constituía en resolución en materia subsidiaria y de hecho, en el resuelve en el numeral séptimo, se advirtió a los pensionados, a que debían instaurar ante las jurisdiccionales los respectivos procesos, a orden de establecer la correspondiente responsabilidad subsidiaria, entonces queda claro que dicha jurisprudencia no es fuente de solución en materia de responsabilidad subsidiaria.

Aunado a lo anterior, no valoró la Juzgadora de instancia las pruebas traídas al plenario, específicamente el estudio económica y financiera de la extinta Compañía de la Flota Mercante, estudio realizado por connotados economistas a los largo del cual debe tenerse en cuenta bajo una óptica de cuando se desataron cada uno de los sucesos, y se da respuesta a cada una

de las causales de la disolución de la Compañía de la Flota Mercante. Dentro de esas respuestas, se deja constancia que en ningún momento medio una decisión abusiva por parte de la entidad matriz o controlante, de hecho se deja constancia que cualquier decisión no fue adoptada arbitrariamente, sino que todas las decisiones fueron adoptadas con la aquiescencia del visto bueno de los socios, por lo tanto, jamás se puede hablar de una decisión tomada abusivamente, en procura de causarle un perjuicio a la entidad controlada. Por otro lado, se establecen las verdaderas causales, la prima de ellas, el tratamiento similar al de una empresa estatal que se le daba a la extinta Compañía de la Flota Mercante, en cuanto a costos, no le imponía unos posibles costos, sin preocuparse por el presupuesto público, lo que se contrasta con empresa privada frente a sus clientes y competidores, segundo, la competencia de los demás marítimos, tercero, la eliminación de la reserva de carga, y cuarto, líder es diferente a que la cosa esté produciendo dividendos, y es que esta cuarta causal es enfática en señalar que la Compañía de la Flota Mercante no obtenía desde el año de 1959 utilidades de su negocio marítimo, toda utilidad que se refleja desde esa fecha resultan de negocios no operativos, como las inversiones financieras, los ingresos provenientes de ventas de buques y demás, que fundamentan el cambio de denominación social y objeto social. Y por último, la desenfrenada carga prestacional y pensional que debía afrontar la Compañía de la Flota Mercante.

NATURALEZA RECURSOS FONDO NACIONAL DEL CAFÉ: Finalmente, vale la pena resaltar la naturaleza de los recursos de la Compañía de la Flota Mercante, los cuales gozan de una naturaleza parafiscal, ya que tienen una destinación específica y no pueden ser destinados a objetos distintos a los establecidos legal y contractualmente.

DOCTRINA PROBABLE: El juzgado erróneamente da aplicación a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, pues a todas luces debe catalogarse y establecerse como una aplicación excesiva, en primer lugar se debe limitar el ejercicio del derecho de acción exacerbado por parte del extremo promotor de la presente acción, en ningún momento se cuestiona que haya acudido al elemento idóneo para reclamar sus derechos ante la creencia de tener algún derecho a su favor, que no era otro que el proceso

de liquidación de la Compañía de la Flota Mercante, en segunda medida, también se advierte que la solución esta aplicada de manera excesiva, la fecha de culminación de los contratos celebrados con el demandante, que culminaron en los años de 1981 y 1990, contrastado con el momento del llamado a inscripción por parte del Seguro Social a las empresas del sector marítimo, el cual se vino a ser el 15 de agosto de 1990, esto nos permite introducirnos desde una óptica diferenciadora, tal y como ha acontecido en la Corte Suprema de Justicia, cuando en salvamento de voto en Rad. 86421 de 2019, se plasmó a ideas tendientes a establecer que bajo ninguna circunstancia del tránsito individual que estaba a cargo del empleador y el paso a la responsabilidad social a cargo del Sistema, puede implicar gravar a los ex empleadores con obligaciones distintas con las que a ese momento se encontraban en su cabeza, por ejemplo, el límite del extremo final de la última relación de trabajo en 1990, en esa época la obligación que se encontraba en cabeza del empleador la establecida en el CST a través de los artículos 259 y ss., para esa época, para el demandante ni siquiera se había configurado una expectativa de pensión, ni siquiera se había configurada una eventualidad de derecho pensional, y en esos términos, el Art. 76 de la Ley 90 de 1946, fue claro en establecer que la mencionada subrogación tan solo mediaba respecto de las pensiones eventuales, las que desde luego se encontraban a cargo del empleador, no se puede establecer en cabeza del empleador unas obligaciones novedosas, por eso se hace el llamado a ese entender ese aspecto diferenciador.

MORIGERACIÓN DE LA SENTENCIA: En caso en que hipotéticamente se confirme la sentencia impuestas por la Juez de primera instancia, se deja a disposición las diferentes opciones de morigeración de la sentencia, tales como:

1. El Decreto 1887 no puede ser aplicado a las presentes diligencias, no olvidar que el demandante se encuentra afiliado a la AFP Porvenir y resulta claro, desde el inicio de la lectura de la mencionada disposición, que el Art. 1 se establece su campo de aplicación, respecto de aquellos trabajadores que seleccionen el régimen de prima medida con prestación definida y su contrato de trabajo estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993, requisitos que bajo ninguna circunstancia se reúnen en el presente

caso. Bien hizo la Juez en mencionar que la metodología para calcular los cálculos actuariales contenidos en éste decreto, incluyen la indexación, pero no tuvo en cuenta que a los trabajadores de la Compañía de la Flota Mercante recibir emolumentos en moneda extranjera, específicamente en dólares americanos, la conversión de dichos emolumentos lleva implícita un mecanismo de actualización idónea, lo cual no es tenida en cuenta en ninguna de las metodologías de los cálculos actuariales, y a todas luces implica una doble condena.

2. Las resoluciones en las sentencias T-435 de 2014 y T 543 de 2015, en donde si bien se conmina a los ex empleadores a realizar el pago de las cotizaciones, teniendo en cuenta los salarios mínimos de la época, y hasta únicamente el monto necesario para que el trabajador obtenga una pensión.
3. En ningún momento se puede tener en cuenta los últimos salarios devengados por el trabajador como un IBC para la prestación o de un cálculo actuarial, como quiera que se establezca que la obligación de cotizar se genera periódicamente, entonces debe tenerse en cuenta los salarios de cada periodo, de lo contrario sería abrir a IBC exagerados. Adicionalmente, a efectos de determinar los salarios devengados por el actor, existían en la Compañía de la Flota Mercante tablas de categorías que imponían topes de salario, los cuales bajo ninguna circunstancia se pueden desconocer.

DESCUENTOS PORCENTAJE A CARGO DEL TRABAJADOR: Se solicita se descuenta el porcentaje de cotización del trabajador, no nos olvidemos que estamos frente a una controversia de la Seguridad Social, no podemos hablar de un extremo débil de la relación, en materia de Seguridad Social, nos encontramos basados frente al principio de solidaridad, todos contribuimos a la formación de prestaciones, las cotizaciones no solo está a cargo de un extremo laboral, y por eso se solicita se autoriza el descuento de cotización a cargo del trabajador, basado en su obligación de contribuir al sistema, no es una obligación novedosa, pues antes era tripartita, ahora se encuentra establecida en el Decreto 3041 de 1966.

DESCUENTOS DÍAS DE LICENCIA: Por otro lado, también se debe autorizar a título de reproche, los días de licencia no remuneradas y de

periodos de sanciones que se vio inmerso el demandante, en los cuales no hay prestación del servicio y por consiguiente, no hay obligación de cotizar ningún tipo de cotización.

OBLIGACIONES A CARGO DE CADA UNA DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS: Solicito que ni siquiera a expensas de la figura de Responsabilidad subsidiaria, se condene de manera principal a la Federación Nacional de Cafeteros y realicen una valoración de las obligaciones contractuales adquiridas por cada uno de los extremos pasivos de la Litis, y dichas obligaciones queden plasmadas en el fallo de segunda instancia.

COSTAS: Solicita se revoque la condena en costas impuesta a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, como quiera que la solución de la presente controversia, es la consecuencia de la aplicación de una solución jurisprudencial, no es un capricho por parte de FedeCafe, sino que se ejerce una defensa concienzuda y documentada, pero las resultas del proceso resultan de la aplicación de una sentencia, y por eso no debería proceder la condena en costas en primera instancia.

La parte demandada (**FIDUCIARIA LA PREVISORA SA**) presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL: Solicita sea revocada ésta decisión, como quiera que el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PLANFLOTA no se constituyó para ser receptor de derechos y obligaciones de la Flota Mercante, por el contrario el FIDEICOMISO fue creado como un mecanismo para la terminación del proceso litigioso de la Flota Mercante y no suceder en obligaciones a la sociedad liquidada, tal y como se indicó en sentencia del 22 de enero de 2015 Rad. 2012-456 por ésta Corporación. Ahora bien, es necesario aclarar que Fiduciaria La Previsora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota no asumió la posición, ni es el subrogado, cesionario o sucesor procesal de la extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante, razón por la cual ésta tan solo administra los recursos transferidos por la Federación Nacional de Cafeteros, hay que tener en cuenta que el vínculo entre la Fiduprevisora y la extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante es única y exclusivamente contractual, y las

obligaciones de la Fiduciaria emanan del contrato de Fiducia Mercantil 3-1-138 y por lo tanto su capacidad se encuentra enmarcada conforme el contrato de fiducia, de esta manera el objeto del contrato limita la capacidad que tiene la Fiduciaria como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Panflota, en cuanto solo puede realizar los pago de mesadas pensionales y de los aportes a las EPS, quedando afuera de su órbita del título pensional o cálculo actuarial. Aunado a lo anterior, es del caso precisar que en los casos expresado, esto es, el pago de las mesadas pensionales o los aportes a la EPS, el patrimonio autónomo solo sirve como instrumento o vehículo para realizar el pago y no asume las obligaciones pecuniarias de la extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante.

Es del caso advertir que no puede cumplir con el pago reclamado, pues no existe un Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA el cual se nutre y recibe recursos de la Federación Nacional de Cafeteros, ello se sustenta en el mismo contrato de Fiducia Mercantil antes señalado, por lo anteriormente afirmado, quedó plasmado en la parte considerativa del Auto 4000077782 del 22 de noviembre de 2012, expedido por la Superintendencia de Sociedades en donde resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del Auto 400010928 del 12 de agosto de 2012, el obligado es y seguirá siendo la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, a quien en ningún momento se le está exonerando de las obligaciones impuestas a su cargo por la H. Corte Constitucional, advirtiendo igualmente que las obligaciones dinerarias están a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, y en ningún momento se trasladarán a la Fiduciaria La Previsora, así lo ha señalado ésta Corporación en múltiples sentencia, entre las cuales está la proferida el 6 de mayo de 2019 con Rad. 2016-610, la sentencia del 29 de noviembre de 2017 con Rad. 2015-023, la sentencia del 31 de enero de 2019 con Rad. 2015-043, sentencia del 12 de marzo de 2019 con Rad. 2017-360, dentro de los argumentos que ha tenido el Tribunal para absolver a la Fiduciaria la Previsora a las pretensiones encaminadas al pago cálculo actuarial está lo señalado en la sentencia SU 1023 de 2011, así como los autos proferidos por la Superintendencia de Sociedades de fecha 23 de agosto y 22 de noviembre de 2012.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

PRESUPUESTO FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí existió una relación laboral entre el demandante y la extinta Flota Mercante para los periodos comprendidos entre 5 de mayo de 1979 al 27 de octubre de 1981 y del 22 de enero de 1982 al 20 de febrero de 1990, **2.** Si hay lugar a efectuar el cálculo actuarial y a quien le corresponde realizarlo. **3.** Determinar el salario devengado por el actor. **4.** Responsabilidad de las demandadas. **5.** Naturaleza jurídica de los recursos del Fondo del Café. **6.** Descuentos días licencias no remuneradas al demandante. **7.** Descuentos porcentajes a cargo del ex trabajador. **8.** Pago del cálculo actuarial. **9.** Reconocimiento de la pensión de vejez. **10.** Intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993. **11.** Indexación. **12.** Costas procesales.

RELACIÓN LABORAL:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de inconformidad de las partes la existencia de un contrato de trabajo suscrito entre el demandante EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ y la extinta sociedad FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, con vigencia entre el 5 de mayo de 1979 al 27 de octubre de 1981 y desde el 22 de enero de 1982 al 20 de febrero de 1990, desempeñando el cargo de PRIMER LIMPIADOR a bordo de las motonaves de la empresa, conforme certificación obrante a folio 2266 del plenario.

RESPONSABILIDAD DE LAS DEMANDADAS:

Así pues, resulta pertinente determinar cuál fue la relación jurídica entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y la extinta

COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., cuya liquidación obligatoria se declaró terminada por parte de la Superintendencia de Sociedades mediante el Auto No. 400-010928 del 28 de agosto de 2012, adicionado por los Autos Nos. 400-16211 del 22 de noviembre de 2012 y 400-17782 del 18 de diciembre del mismo año (Folios 339 y ss.).

Pues bien, dado que la terminación del proceso liquidatorio de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA marca el momento en que se puede reclamar la declaración de la responsabilidad subsidiaria, importa destacar acerca de la condición de sociedades matriz y subordinada, establecida en los artículos 260 y 261 del C Co, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, que no admite discusión alguna, en tanto fue asentada de antaño por COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA, quien a través de comunicación del 29 de abril de 1998, informó a la Cámara de Comercio de Bogotá que *"Por documento privado del 29 de abril de 1998, de Santafé de Bogotá inscrito el 9 de junio de 1998, bajo el número 637602 del libro IX, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, domiciliada en Santafé de Bogotá DC, comunicó que en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de este como matriz, se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia"* (fls. 2 y 3).

Acerca de la estructuración de la responsabilidad subsidiaria a cargo de la sociedad matriz, el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, pero vigente durante el año 2000 cuando se ordenó la liquidación obligatoria de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., establecía que:

"ARTICULO 148. ACUMULACIÓN PROCESAL.

(...)

PARÁGRAFO. (...) Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente."

La norma transcrita establece dos postulados importantes para el caso bajo estudio: *De un lado*, se consigna la posibilidad de endilgarle responsabilidad solidaria a la

matriz sobre las obligaciones adquiridas por la empresa subordinada, y de otro lado, se establece la presunción legal de que la situación concursal se ha originado en actuaciones propias del control de la entidad matriz sobre su filial, constituyéndose aquí la fuente normativa de la predicha responsabilidad subsidiaria, frente a lo cual se pronunció la H. Corte Constitucional, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, al declarar exequible el parágrafo del transcrito artículo 148 en Sentencia C-510 de 1997.

Así pues, la presunción iuris tantum, legal o provisional está regulada por el artículo 66 del C.C. estableciendo que "*se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume*", valga decir, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, la cual está por supuesto a cargo de quien contradice la existencia del supuesto normativo en el caso concreto.

Así pues, el precepto en cita presume que el estado concursal de la sociedad subordinada obedece a las actuaciones de la matriz o controlante o sus vinculadas, salvo que éstas demuestren que se generó por causas distintas. Por tanto, resulta claro que la presunción contenida en la norma admite prueba en contrario de parte de la sociedad matriz o sus vinculadas, por lo que se requiere verificar si la FEDERACIÓN DE CAFETEROS acompañó prueba que le permita desvirtuar suficientemente la presunción que obra en su contra, respecto a las actuaciones que condujeron a la liquidación obligatoria de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

Ahora, se observa que la FEDERACIÓN alega como principal argumento para ser eximida de la responsabilidad subsidiaria, que el infortunio empresarial de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. obedeció a las decisiones asumidas por el Estado mediante la Ley 7 de 1991 y los Decretos 501 de 1990 y 2327 de 1991, que dispusieron la supresión de la "reserva de carga" que la benefició hasta ese momento, consistente en tener la exclusividad para transportar el 50% de la carga entrante y saliente del territorio nacional.

El referido estudio indica que la eliminación de la reserva de carga fue apenas uno de los tantos factores que, antes de la adquisición por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, incidió en el decrecimiento económico de la entonces FLOTA MERCANTE, pues incluso durante los 13 años precedentes a la abolición

de aquella prerrogativa (1979 – 1991), la participación de la FLOTA en el comercio exterior de Colombia fue disminuyendo progresivamente, debido a otros factores como la revaluación del peso frente al dólar, la reducción de las tarifas de los fletes internacionales y el auge del transporte multimodal frente a la precariedad de su flota, lo cual conllevó inclusive, a que el comercio exterior del país creciera en la misma medida que el volumen movilizado por la FLOTA MERCANTE disminuía, pese a la existencia de la reserva de carga

De esta manera queda evidenciado que la eliminación por mandato legal de la reserva de carga, además de ser un hecho anterior al ingreso de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como socio mayoritario de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., ni siquiera es la causa que generó el descalabro económico de esta última.

Así pues, no se estima desvirtuada la presunción prevista en el parágrafo del art 148 de la Ley 222 de 1995, la responsabilidad subsidiaria asignada por el *A quo* a la Federación Nacional de Cafeteros.

Expuesto lo anterior, es claro para la Sala que las llamadas a responder por las eventuales condenas proferidas en la presente decisión, se encuentra en cabeza de las demandadas **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, como mandatario con representación a cargo del patrimonio autónomo PANFLOTA, de conformidad con el Contrato de Mandato No. 9264-001-2014 suscrito entre la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y ésta, y de manera subsidiaria, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, como matriz o controlante Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., revocando parcialmente el numeral sexto de la sentencia proferida en primera instancia.

CALCULO ACTUARIAL:

En cuanto a la determinación del valor del cálculo actuarial, si bien el apoderado de la parte demandada (Federación Nacional de Cafeteros) señala que no es procedente aplicar el Decreto 1887 de 1994, lo cierto es que deberá hacerse con base en las previsiones del Decreto 1887 de 1994, esto es, calculado en los

términos previstos en sus artículos 2 al 5 en cuanto resultan aplicables a la situación particular del demandante.

Al respecto, debe traerse a colación la sentencia SL 2138 con radicación 57129 del 24 de febrero de 2016:

*En torno a este tópico, desde el punto de vista jurídico, la Corte ha precisado que los riesgos pensionales en cabeza del empleador **solo cesan con la subrogación a la respectiva entidad de seguridad social, de manera que los tiempos de servicios no cotizados, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, no pueden ser desconocidos y el empleador conserva una responsabilidad financiera respecto de los mismos, que se traduce en el pago de un cálculo actuarial.** En la sentencia CSJ SL17300-2014 se explicó al respecto:*

*En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso **propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.***

(...)

En ese sentido, se repite, por los tiempos en que no se efectuaron las cotizaciones, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, el empleador conservaba responsabilidades pensionales que permitían encuadrarlo dentro de las premisas del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, en sentencia SL 3892 con radicación 45209 del 02 de marzo de 2016 nuestro órgano de cierre adoctrino:

*En consecuencia, no tiene razón la apelante cuando, sobre la base de establecer que ella solo estuvo obligada a la afiliación de la demandante desde el 1º de octubre de 1993, momento en que ya había terminado el contrato de trabajo que ligó a las partes, pretende la revocatoria de la condena impuesta por el a quo. **Dado que, en sede de casación, se concluyó que la obligación del bono tiene su fundamento principal en el hecho de que el empleador, durante la vigencia del contrato de trabajo, conforme al artículo 260 del CST, en armonía con la Ley 90 de 1946, en especial el artículo 72, siempre tuvo a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación, y tal obligación no desapareció por el hecho de que no hubiese sido llamada a la afiliación obligatoria en ese tiempo y el contrato terminase antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993;** es más, en todo caso de haberse llamado antes a los empleadores del sector petrolero, de quedar algún tiempo de servicio descubierto por el nuevo régimen de los seguros sociales obligatorios, este no lo podía perder el trabajador, y debía el empleador, en virtud del principio de la proporcionalidad, reconocer el valor equivalente a dicho tiempo para efectos de que pudiera ser contabilizado para la pensión, como lo dispone el*

literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, independientemente de que el contrato estuviera o no vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, condición legal que no se ha de aplicar en salvaguarda del derecho adquirido de la demandante de que su tiempo de servicios prestado fuera computado para obtener la pensión de jubilación o la de vejez.

Así pues, en relación a los trabajadores del mar, por Resolución No. 3296, se fijó el 15 de agosto de 1990, como fecha de iniciación de inscripción en el régimen de los seguros sociales obligatorios para el personal de mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítima, razón por la cual sus empleadores solo estuvieron obligados a afiliarlos a partir de tal data.

No obstante lo anterior, considera la Sala que aunque la demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales a partir del 15 de agosto de 1990 (Resolución 3296 de 1990) y al 23 de diciembre de 1993, fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la relación laboral no estaba vigente, lo cierto es, que ello no la exoneró de la obligación de responder por los periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

En relación con el reconocimiento de los tiempos en que los trabajadores estuvieron vinculados laboralmente pero sus empleadores no tenían la obligación de cotizar al Instituto de Seguros Sociales, porque este no había iniciado su cobertura la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de julio de 2014, Radicación No. 41745 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón señaló:

“En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.”

Así las cosas el fallo no será modificado en este aspecto.

Ahora bien, es preciso señalar, en relación con el tema de la **elaboración de un cálculo actuarial** que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395 precisó la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido de que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad

social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial.

Concordante con lo anterior, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore.

De otra parte, debe decirse que dentro del presente proceso no se demostró que los aportes correspondientes al periodo comprendido en las fechas de declaratorias del contrato previamente anotadas efectivamente se hayan efectuado; por el contrario, lo que quedó establecido conforme a la historia laboral del demandante y lo debatido es que no se registra afiliación durante ese lapso, situación ésta que la demandada reconoce en su réplica y frente a la cual indicó que se realizaban las diligencias tendientes a establecer lo ocurrido en dicho lapso, siendo admitida la existencia de la relación laboral.

Así pues, es importante destacar que en el Contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos No. 3-1-0138 celebrado entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en liquidación y Fiduciaria La Previsora el 14 de febrero de 2006 (folios 737 y ss.) definió el objeto del mismo en la cláusula segunda así:

“El objeto del presente contrato es la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO por parte de la FIDUCIARIA, el cual se denominará fideicomiso “PANFLOTA”, con los recursos y bienes que le sean transferidos por el FIDEICOMITENTE al momento de la celebración del presente contrato y los recursos que posteriormente le sean transferidos, acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos según las instrucciones contenidas en el texto del contrato acorde con las especificaciones y características relacionadas en la propuesta presentada por la FIDUCIARIA, la cual en un todo, forma parte integrante del presente contrato”

Por su parte, en relación con el objeto pactado entre Asesores en Derecho SAS y Fiduciaria La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota en la celebración del contrato de mandato, en la que se indica que aquella está obligada o facultada como mandataria para las siguientes actividades:

"1. Expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los trabajadores de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. liquidada y sus beneficiarios si los hubiere con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los respectivos recursos en cumplimiento de la sentencia SU-1023 de 2001 proferida por la Corte Constitucional

2. Atender los requerimientos judiciales, administrativos o de entes de control relacionados con la gestión.

3 Excepcionalmente cuando medie una orden judicial en firme y ejecutoriada expedir el correspondiente acto administrativo mediante el cual se ordene la reliquidación de una mesada pensional.

4. Gestionar su propia defensa judicial en todas las demandas y/o acciones constitucionales iniciadas por los beneficiarios de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada, contra los actos administrativos y/o cualquier actuación realizada por el mandante".

La Superintendencia de Sociedades mediante auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000, decretó la liquidación obligatoria de la empresa y el embargo y secuestro de todos los bienes de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana. Esta Superintendencia por auto del 28 de agosto de 2012, aprobó la rendición final de cuentas, declaró la terminación del proceso liquidatorio y ordenó el cierre y extinción de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana. De conformidad con la sentencia SU 1023 de 2001, la Federación Nacional de Cafeteros, es la llamada a continuar con el pago del pasivo pensional de la Flota Mercante Gran Colombiana. La Superintendencia de Sociedades, determinó que cualquier reclamación de orden laboral o pensional debía efectuarse ante el Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA administrado por la Fiduprevisora S.A

Así pues, conforme a los contratos a cuyos objetos se ha hecho referencia, los que constituyen ley para las partes en los términos del art 1602 del CC, la delimitación de responsabilidades determina que corresponde a FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA **efectuar el pago** de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine COLFONDOS, con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, confirmando parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, precisando que se modificará en lo atinente a los salarios previamente declarados en la presente proferida en primera instancia.

Por otra parte, se confirmará la condena impuesta a ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria de La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota **expedir el acto administrativo** correspondiente al reconocimiento de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine COLFONDOS a nombre del demandante, confirmando el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

En relación al argumento expuesto por la parte demandante, tendiente a que se condene a La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no obra dentro del proceso prueba que acredite si quiera sumariamente que la demandada FIDUPREVISORA SA quien cancelará de manera principal, o la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, de manera subsidiaria el valor del cálculo actuarial, no dispongan de recursos para cumplir con la obligación a su cargo, por lo que se despachará desfavorablemente su súplica.

En suma, se **MODIFICARÁ** los numerales quinto, sexto y séptimo de la sentencia proferida en primer instancia, en el sentido de **CONDENAR** en *forma principal* a FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota para que **previo cálculo actuarial** que efectúe la AFP PORVENIR SA, pague el cálculo actuarial con cargo al Patrimonio Autónomo Panflota y a **ASESORES EN DERECHO SAS** como mandataria de La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a expedir el acto administrativo correspondiente al reconocimiento de la suma liquidada por dicho concepto. De *forma subsidiaria*, en caso de que en el Patrimonio Autónomo no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora y con

cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café a efectuar el pago de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine la AFP PORVENIR SA con arreglo al Decreto 1887 de 1994, por los periodos comprendidos 5 de mayo de 1979 al 27 de octubre de 1981 y desde el 22 de enero de 1982 al 20 de febrero de 1990, precisando que éste cálculo actuarial habrá de descontarle 63 días de licencia no remuneradas otorgadas al actor, conforme la certificación obrante a folio 2266 del plenario y en este sentido se modificará el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

Ahora bien, en relación con el argumento referido a la **naturaleza parafiscal** de los recursos que constituyen el capital del Fondo Nacional del Café, cuya administración ejerce la Federación Nacional de Cafeteros, baste con señalar que el mismo ya fue analizado en la sentencia de unificación SU-1023 de 2001 por la Corte Constitucional, en la que señaló:

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

Así pues, con arreglo a los razonamientos expuestos en su momento por la Corte Constitucional, considera la Sala que los réditos obtenidos en su momento por el Fondo Nacional del Café de las utilidades generadas por la actividad comercial ejecutada por la Flota Mercante Grancolombiana y las ganancias obtenidas gracias a su administración por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, imponen la correlativa obligación de asumir obligaciones derivadas de esa actividad comercial, máxime si se tiene en cuenta que los trabajadores y, entre ellos el demandante, con su fuerza productiva generaron dividendos a favor del Fondo, por lo que es

precisamente con cargo a su presupuesto que se debe atender la obligación de pago del cálculo actuarial ordenado a nombre del actor.

SALARIO PERCIBIDO POR EL ACTOR:

Solicita la parte demandante en su recurso de apelación que debe tomarse el último salario devengado por el actor e incluir la totalidad de los factores devengados por el mismo a efectos de liquidar el cálculo actuarial.

Para dilucidar el problema jurídico planteado y retomando el fundamento legal señalado por la parte actora se tiene, que el artículo 128 de la CST, establece los pagos que constituyen salario.

No obstante lo anterior, una vez revisados los textos aportados de la Convención Colectiva de Trabajo, así como el Laudo arbitral allegados al proceso con las formalidades legales, no establece la naturaleza salarial o el carácter jurídico de las citadas primas extralegales, encontrándose regida la relación laboral del actor por el C.S.T. no evidencia la Sala razón legal alguna para otorgarle la naturaleza salarial a la prima extralegal y demás emolumentos, máxime si no se tiene certeza de las sumas devengadas por el actor.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ** parcialmente el numeral primero del fallo de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR SA a realizar el cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado por el demandante, y **CONDENAR** a las demandadas FIDUPREVISORA y a ASESORES EN DERECHO, en calidad de mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien haga sus veces, a remitir a PORVENIR SA la información necesaria para la elaboración del cálculo actuarial, señalando mes a mes los salarios devengados por el demandante y los factores salariales que lo constituían.

En otro punto, alega la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS que el demandante debe asumir la **porción de cotización** que a su cargo se encontraba.

Estima la Sala que reexaminado el tema esta posición debe modificarse tomando en cuenta los lineamientos adocotrados en la sentencia SL1515 con radicación No.

50481 del 3 de mayo de 2018, la cual recoge el precedente lo indicado por la máxima Corporación tendientes que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del ISS, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos por dichos periodos, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad.

En ese orden, la Sala varía su postura anteriormente indicada, señalando que la alegación se encuentra infundada, como quiera que de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el ISS subrogó a los empleadores en el riesgo pensional, ello resulta intrascendente en el caso *bajo examen*, toda vez que la relación laboral que vinculó a las partes finalizó antes de entrar en vigencia esa normativa; luego, la obligación en materia de pensiones siempre estuvo a cargo del ex empleador, y en esa dirección, se ha dicho que la totalidad del pago del cálculo actuarial a cargo del empleador se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional, máxime que se trata de un lapso en que la obligación estuvo a cargo de aquel y, además, porque ello no resquebraja la estabilidad financiera del sistema, toda vez que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas, tal y como se adoctrinó en la Sentencia SL1515 con radicación No. 50481 del 3 de mayo de 2018, por lo que deberá asumir el **100%** del pago del cálculo actuarial, como lo indicó el *A Quo* y no en la porción que pretende la demandada.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN MÍNIMA:

Ahora bien, el Juez de instancia condenó a la AFP PORVENIR SA a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del señor EUSTORGIO FONCA CHÁVEZ, de conformidad con lo establecido en el Art. 64 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de enero de 2020, dando aplicación a la garantía mínima, en suma equivalente al SMLMV, precisando que una vez ingresen los dineros del cálculo actuarial aquí ordenado, de los periodos declarados, re-liquidar la prestación conforme el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, a la modalidad de pensión que escoja el demandante y los demás factores establecidos que tienen incidencia en la Ley, como la edad, expectativa de vida y beneficiarios.

Por su parte, tanto el Ministerio Público como el demandante solicitan que el reconocimiento de la pensión de vejez proceda desde el año 2017, fecha en que causó la prestación.

Por otro lado, la apoderada de la AFP Porvenir solicita sea revocado el reconocimiento de la prestación, como quiera que los dineros objeto del cálculo actuarial ordenado en la presente sentencia aún no han ingresado a la cuenta de ahorro individual del actor, aunado al hecho de que la AFP no tenía conocimiento siquiera de la existencia de dicha relación laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada **PORVENIR SA** respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente el pago del cálculo actuarial aquí concedido, esto es, al momento en que se refleje el dinero objeto del cálculo actuarial en la cuenta de ahorro individual del actor, toda vez que esta providencia tan solo reconoce la obligación del pago de dichos aportes.

En gracia de discusión, cabe precisar que tampoco habría lugar a reconocer la garantía de la pensión mínima de vejez en los términos dispuestos por el A – quo, como quiera que a la data demandante no cuenta con las 1150 semanas de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la AFP PORVENIR SA respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, y en consecuencia del pago de los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, así como el de la indexación, por lo que la Sala se releva de su estudio.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente, el juez de instancia decidió condenar en costas a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$5.000.000 que deberá ser cancelada por cada una de estas a favor de la parte demandante, frente a lo cual el apoderado de la parte demandante así como el de la Federación Nacional de Cafeteros presentaron recurso de apelación.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la AFP PORVENIR SA respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, y en consecuencia del pago de los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, así como el de la indexación.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales quinto, sexto y séptimo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** en *forma principal* a FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota para que **previo cálculo actuarial** que efectúe la AFP PORVENIR SA, pague el cálculo actuarial con cargo al Patrimonio Autónomo Panflota y a **ASESORES EN DERECHO SAS** como mandataria de La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a expedir el acto administrativo correspondiente al reconocimiento de la suma liquidada por dicho concepto. De *forma subsidiaria*, en caso de que en el Patrimonio Autónomo no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora y con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café a efectuar el pago de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine la AFP PORVENIR SA con arreglo al Decreto 1887 de 1994, por los periodos comprendidos 5 de mayo de 1979 al 27 de octubre de 1981 y desde el 22 de enero de 1982 al 20 de febrero de 1990, precisando que éste cálculo actuarial habrá de descontarle 63 días de licencia no remuneradas otorgadas al actor, conforme la certificación obrante a

folio 2266 del plenario y en este sentido se modificará el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

TERCERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero del fallo de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR SA a realizar el cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado por el demandante, y **CONDENAR** a las demandadas FIDUPREVISORA y a ASESORES EN DERECHO, en calidad de mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien haga sus veces, a remitir a PORVENIR SA la información necesaria para la elaboración del cálculo actuarial, señalando mes a mes los salarios devengados por el demandante y los factores salariales que lo constituían.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida por el 10 de julio de 2020 por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501020170020702)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501020170020702)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501020170020702)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 12-2018-00160-01

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ
DEMANDADO: BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN CURADOR AD LITEM**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por el Curador Ad Litem en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El Curador Ad Litem (fls. 77 a 79) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ instauró demanda ordinaria laboral contra de BIOLER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS, debidamente sustentada como aparece a folios 26 y 27 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que entre el señor GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ como trabajador y BIOLER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS como empleador, existió un contrato de trabajo a término fijo de un año.
2. Declarar que el contrato de trabajo inició el 1 de noviembre de 2016 y terminó por despido sin justa causa por parte del empleador el 18 de mayo de 2017 (total laborado 6 meses y 18 días).
3. Declarar que el salario mensual devengado por el trabajador fue de \$1.300.000 en la cláusula segunda del contrato aparece \$1.000.000 y en el párrafo se estipuló una bonificación de \$300.000 mensuales.
4. Declarar que a la terminación del contrato el empleador no pagó al trabajador salarios y prestaciones de Ley.
5. En consecuencia, condenar a BIOLER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS a pagar al trabajador los salarios de la segunda quincena de abril y 18 días de mayo de 2017, total de 33 días, la suma de \$1.430.000.
6. Condenar a BIOLER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS a pagar al trabajador por concepto de cesantías del periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2016 y hasta el día 18 de mayo de 2017, 6 meses y 18 días total 198 días, la suma de \$760.727.
7. Condenar a BIOLER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS a pagar al trabajador por concepto de intereses a las cesantías del periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2016 al 18 de mayo de 2017 – 6 meses y 18 días total 198 días, la suma de \$182.574.
8. Condenar a la demandada a pagar a actor por concepto de vacaciones del periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2016 al 18 de mayo de 2017, - 5 meses y 18 días total 168 días, descontados 30 días de incapacidad, la suma de \$302.400.
9. Condenar a la prima de servicios del periodo comprendido entre el 1 de noviembre 2016 hasta el 18 de mayo de 2017, 6 meses y 18 días total 198 días, la suma de \$712.800.
10. Condenar al auxilio de transporte del periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2016 al 18 de mayo de 2017, - 5 meses y 18 días total 168 días descontados 30 días de incapacidad, la suma de \$634.872.
11. Condenar a pagar 8 horas extras diurnas mensuales por todo el tiempo trabajado, descontando el mes de incapacidad por accidente – para un total de 5 meses y 18 días 45 horas extras con incremento del 25% hora, sobre el salario de \$1.300.000 lo cual suma de \$304.672.

12. Condenar a la demandada al pago de la indemnización prevista en el Art. 99 Núm. 3 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado la liquidación de cesantías de noviembre y diciembre de 2016, en el fondo de cesantías antes del 15 de febrero de 2017, por lo cual debe pagar al trabajador desde dicha fecha hasta el 28 de febrero de 2018 (374 días), la suma de \$17.243.147 y la que se siga causando a partir de esta fecha.
13. Condenar al pago de la indemnización por falta de pago del artículo 65 del CST, de un salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses por no haberle pagado al trabajador los salarios y prestaciones de Ley, liquidadas desde el día siguiente a la fecha del despido y hasta el 28 de febrero de 2018 (280 días) la suma de \$12.133.240.
14. A pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera a partir del mes 25 hasta cuando se verifique el pago de las acreencias laborales. Art. 65 CST modificado Art. 29 Ley 789 de 2002.
15. Condenar al pago de la indemnización del artículo 64 del CST, por despido injusto por parte del empleador, el inc. 3 establece en los contrato a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato, la suma de \$7.063.300.
16. Condenar al pago de los perjuicios causados por no haber afiliado al trabajador al sistema de seguridad social integral y protección social del trabajador, ni haber pagado las cotizaciones a la seguridad social integral en salud, pensión y al trabajo ni haberlo afiliado a una caja de compensación familiar, subsidio familiar, riesgos laborales. Arts. 48, 49, 53 CP y 1 Ley 789 de 2002, Ley 100 de 1993.
17. Condenar al pago de aportes a pensión de todo el tiempo laborado por el actor, junto con los intereses liquidados hasta el día de su pago conforme sus obligaciones Art. 22 de la Ley 100 de 1993, sanción moratoria por no consignar dentro de los plazos señalados Art 23 y acciones de cobro Art. 24.
18. Que se hagan efectivas las sanciones de las pretensiones 16 y 17,
19. Costas procesales.

La sociedad demandada, a través de Curador Ad Litem contestó la demanda (fls. 65 a 68), de acuerdo al auto visible a folio 69. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de septiembre de 2020, En relación con la existencia del contrato de trabajo entre las partes **GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ** y **BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS**, entre el 1 de noviembre de 2016 y el 18 de mayo de 2017, **CONDENÓ** a ésta última por los siguientes conceptos:

1. \$1.430.000 por concepto de salarios
2. \$711.388,89 por concepto de cesantías.
3. \$26.925,65 por concepto de intereses sobre las cesantías.
4. \$711.388,89 por concepto de prima de servicios.
5. \$355.694,44 por concepto de vacaciones.
6. \$7.020.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa Art. 64 CST.

ABSOLVIÓ a **BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS** de las demás súplicas de la demanda. **DECLARÓ NO PROBADAS** los mecanismos exceptivos invocados por parte del curador Ad Litem de **BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS**. **COSTAS** a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El **Curador Ad Litem** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

SALARIO DEVENGADO POR EL TRABAJADOR: Toda sentencia tiene presunción de legalidad, salvo que se demuestre lo contrario, y en este caso, el Juzgado incurrió en un error, específicamente en lo que tiene que ver con la determinación del salario que recibió el demandante ascendía a la suma de \$1.300.000, el cual sirvió de base para las condenas que profirió. Considera que es un error y una violación a la Ley sustancial por un error de hecho, en la medida que valoró las pruebas aportadas al plenario en este punto de manera equivocada, toda vez que para acreditar el salario, la parte demandante aportó dos pruebas, una copia simple del contrato y una copia simple de una certificación, lo primero que se concluye al apreciar ambas pruebas, es que en el contrato de trabajo no está claro cuál es la dimensión

y alcance de la bonificación, mientras que de la certificación se extrae que hay una bonificación adicional a algo que es lo básico y que tiene un carácter condicional. En ese sentido, para determinar el carácter salarial o un pago laboral, habrá de acudirse a la voluntad de las partes, y acogernos a la Ley y determinar que no será salarial mientras así no lo expresen las partes, y es claro que en el presente asunto brilla por su ausencia un acuerdo de las partes, en el sentido que esos \$300.000 no hacen parte del salario. No obstante, se equivoca el Juez de instancia en la apreciación de la prueba, en el sentido de que ante la ausencia de la prueba que la bonificación constituye salario, no lo enmarque dentro de un salario adicional al básico, sabiendo según se lee de los dos textos, que es un pago condicionado, no se observó que tanto en el contrato como en la certificación, las partes lo que acordaron fue que el pago que el Juez considera salarial, se tiene que dar única y exclusivamente cuando haya trabajo extra, esto es, trabajo adicional a la jornada laboral, y solo en el evento en que el demandante haya laborado una jornada extra, el demandante tendría derecho a dicha bonificación, y si se lee bien el contrato, el parágrafo prevé que cualquier trabajo extra debe ser acordado por las partes, y en segundo lugar, tiene que estar registrado debidamente en los pagos. En ese sentido, además de no estar autorizado ni registrado, no se sabe con exactitud que gane \$300.000, el carácter de condicionado lo viene a reflejar la certificación en el sentido de que indica que es un trabajo extra, por eso el Juzgado se equivocó en la valoración de la prueba, en un error de apreciación en la valoración de la prueba aportada al plenario, y es una apreciación equivocada, en la medida en que si bien es cierto las partes no acordaron que era un pago salarial, el mismo estaba condicionado a un trabajo extra y ese trabajo extra debe estar debidamente probado. En esa medida, el salario que debe declararse y condenarse las prestaciones aquí impuestas debe ser con una base de \$1.000.000, el cual fue acordado por las partes.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

En los términos atrás expuestos, para la Sala la controversia a que se contrae el recurso de apelación se concreta en la determinación del salario devengado por el señor GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ, y si en efecto las condenas impuestas por el Juez de primera instancia debieron realizarse con base en el salario básico devengado en la suma de \$1.000.000 y si a ésta debe incluirse la suma de \$300.000 por concepto de bonificación, pues se alega que ésta se encuentra condicionada al trabajo extra realizado por el demandante.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que existió entre las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que el señor GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ laboró al servicio de BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS en ejecución de un contrato de trabajo a término fijo por duración de 1 año, desempeñando el cargo de Auxiliar desarrollo Proyectos, desde el **1 de noviembre de 2016 al 18 de mayo de 2017**, conforme copia del contrato de trabajo visto a folios 8 a 10 del expediente, así como la certificación expedida el 10 de febrero de 2017 (fl. 11) y carta de terminación del contrato visible a folios 12 y 13 del plenario.

SALARIO DEVENGADO POR EL ACTOR:

El Juez de primera instancia declaró que el demandante devengó en la vigencia del vínculo laboral un salario de \$1.300.000, conforme la cláusula segunda del contrato de trabajo, contentivo de un salario básico de \$1.000.000 y la suma de \$300.000 por concepto de bonificación.

Inconforme con la anterior decisión, el *Curador Ad Litem* presentó recurso de apelación respecto de la declaración del salario devengado por el ex trabajador, toda vez que en el contrato de trabajo aportado por la parte actora se señala que el Juzgado incurrió en un error al valorar las pruebas aportadas al plenario, toda vez que del contrato de trabajo allegado se puede concluir que el demandante devengaba un salario de \$1.000.000, sin que sea procedente incluir en la base salarial del actor la suma de \$300.000, por cuanto dicho valor establecido en el cláusula segunda del contrato de trabajo establece que la misma será percibida de

manera condicionada única y exclusivamente cuando haya trabajo extra, esto es, trabajo adicional a la jornada laboral, y solo en el evento en que el demandante haya el parágrafo prevé que cualquier trabajo extra debe ser acordado por las partes, y en segundo lugar, tiene que estar registrado debidamente en los pagos. En ese sentido, además de no estar autorizado ni registrado, no se sabe con exactitud que el demandante gane \$300.000 mensualmente, el carácter de condicionado lo viene a reflejar la certificación en el sentido de que indica que es un trabajo extra, por eso el Juzgado se equivocó en la valoración de la prueba, en un error de apreciación en la valoración de la prueba aportada al plenario, y es una apreciación equivocada, en la medida en que si bien es cierto las partes no acordaron que era un pago salarial, el mismo estaba condicionado a un trabajo extra y ese trabajo extra debe estar debidamente probado. En esa medida, solicita se declare que el salario devengado por el actor sea en la suma de \$1.000.000 y en consecuencia se condene las prestaciones aquí impuestas debe ser con esa base.

Así las cosas, obra dentro del plenario a folios 8 a 10 contrato de trabajo suscrito entre las partes, en el que su cláusula segunda establece:

"SEGUNDA. EL EMPLEADOR pagará al trabajador por la prestación de sus servicios el salario indicado la suma de UN MILLON DE PESOS M/CTE (\$1.000.000) mensuales, pagadero de forma quincenal. **PARÁGRAFO** Todo trabajo suplementario o en horas extras, en día domingo o festivo en los que legalmente debe concederse el descanso, se remunerará y se verá reflejado cada quincena; de igual forma una bonificación por TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$300.000) mensuales; Para el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, dominical o festivo EL EMPLEADOR o sus representantes deben autorizarlo previamente por escrito."

Así mismo, obra a folio 11 del plenario certificación expedida por BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS del 10 de febrero de 2017 en que indica que:

*"Que el señor GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ identificado con la C.C. No. 1.030.543.324 expedida en la ciudad de Bogotá; labora en nuestra Compañía, desde el 01 de junio de 2016 hasta la fecha, desempeñando el cargo de **Auxiliar desarrollo Proyectos**, con una asignación salarial mensual de un millón de pesos moneda corriente (\$1.000.000), más una bonificación por trabajo extra de trescientos mil pesos (\$300.000); El salario se le cancela en efectivo."*

Ahora, con arreglo al artículo 127 del CST, subrogado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, **bonificaciones habituales**, valor del trabajo suplementario o de las

horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Al respecto, debe traerse a colación la sentencia con Rad. 26903 del 3 de abril de 2006, en donde nuestro máximo Órgano de cierre adoctrinó:

*“Ahora bien, esta Sala de la Corte tiene definido que las bonificaciones habituales recibidas por el trabajador forman parte del salario. En sentencia de 16 de febrero de 1996, rad. N° 7677 dijo al respecto: **“En punto a las bonificaciones habituales y primas de vacaciones, las dos Secciones de la Sala Laboral de la Corte han reiterado en forma constante que tienen el carácter de elemento integrante de salario, por lo que deben ser tenidas en cuenta al liquidarse tanto los salarios como las prestaciones sociales.** Sobre el particular pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 22 de marzo de 1988 con radicación N° 1715; 7 de junio de 1989 con radicación N° 2835; 1º de octubre de 1992 con radicación N° 5171; 27 de abril de 1993 con radicación N° 4650; y 26 de mayo de 1993 con radicación N° 5763”.*

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, debe entenderse en primer lugar que si bien las partes no pactaron la exclusión salarial de la bonificación establecida en la cláusula segunda del contrato de trabajo, tal y como lo manifestó el Juez de instancia, lo cierto es que de conformidad con la normatividad y jurisprudencia en cita, para que las bonificaciones tengan el carácter salarial deben ser recibidas por el trabajador de forma habitual, esto es, de forma constante, a efectos de que se consideren como un elemento integrante del salario.

Adicional a lo anterior, tal y como lo dispone la cláusula contractual, para el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, dominical o festivo, el empleador debe autorizarlo previamente por escrito, hechos que no se encuentran acreditados en el plenario, y si bien el certificado laboral menciona que devengaba la suma de \$1.000.000 por concepto de salario y la suma de \$300.000 por concepto de bonificación por trabajo extra, en la misma certificación se puede descartar que el demandante trabajaba los días domingos o festivos, pues de la misma lectura de la documental que reposa a folio 11 del plenario se observa que el actor tan solo trabajaba de lunes a sábado, descartando la posibilidad del pago de trabajo dominicales y festivos.

Ahora, en lo que respecta al trabajo suplementarios o en horas extras, debe indicarse que frente a la remuneración del trabajo suplementario reclamado, jurisprudencialmente se ha establecido, que para que proceda su declaración judicial, deben concurrir por lo menos los siguientes elementos: i) encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada laboral pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con *exactitud* en la *fecha* de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas, iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador, y en ese sentido; iv) las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no a cualquier otro tipo de actividades.

En el caso bajo examen, de acuerdo al material probatorio recaudado, es posible determinar que el demandante laboraba ejecutando las funciones o labores de Auxiliar Desarrollo Proyectos, no obstante, no se acredita la jornada que afirma laboró durante la vigencia de la relación laboral de conformidad con lo previsto en el artículo 161 del CST.

En el sublite, no obstante operar la presunción de certeza acerca de haber laborado para el demandado, se echa de menos el medio de prueba que acredite cuáles fueron los precisos días en que el demandante prestó sus servicios al demandado y es que precisamente en sentencia con radicación No 41715 del 11 de mayo de 2016 se indicó *«Acerca de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que **cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena.»***

Tiene establecido la jurisprudencia que para que se produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, además de estar probado el trabajo más allá de la

jornada ordinaria, el caudal probatorio tiene que ser de una definitiva claridad y precisión de manera que no quede duda al juzgador acerca de su ocurrencia y no se requiera de cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las horas trabajadas (Sentencia del 9 de agosto de 2006, Rad. 27.064), pues no podrá deprecar condena sobre meras suposiciones.

De esta manera, para que se produzca la declaración judicial de trabajo realizado en tiempo suplementario y ordenar su remuneración, no basta con alegar su existencia, como en este caso ocurre, pues de vieja data y de manera reiterada ha indicado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que «*cuando se pretende el reconocimiento del descanso o el valor compensatorio por trabajo en días domingos y festivos, como también el recargo por labor suplementaria, es esencial acreditar de manera clara y precisa el número de días y horas extras trabajadas*» (Sentencia de 10 de octubre de 2005, Radicación Nro. 23928).

Teniendo en cuenta lo anterior, no obra dentro del plenario prueba documental que acredite y se pueda declarar con certeza que el empleador regularmente autorizaba el trabajo suplementario a efectos de incluir de manera habitual la suma de \$300.000 por concepto de bonificación, y en ese orden de ideas, no puede ser tenido en cuenta como elemento integrante del salario que percibía el actor.

Aclarado lo anterior, habrá de **MODIFICARSE** parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** en relación a la vinculación laboral existente entre las partes, el señor GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ devengó la suma mensual de \$1.000.000 por concepto de salario.

En consecuencia, la Sala procede a re-liquidar las sumas condenadas en primera instancia, con el objetivo de calcular cada una de ellas, con base en un salario mensual de \$1.000.000.

SALARIOS:

En este orden de ideas, y conforme lo indicó el Juez de instancia, y el cual tampoco fue objeto de apelación, tan solo en la base de liquidación de la misma, se tiene que el demandante reclama se reconozca los salario de la primera quincena de abril y 18 días de mayo de 2017, equivalente a 33 días de salario.

Así pues, como quiera que no obre dentro del plenario prueba que acredite que se cancelaron dichos días de salario, se condenará a la demandada a cancelar 33 días de salario sobre un salario mensual de \$1.000.000.

Así pues, se **MODIFICARÁ** el NUMERAL 1 del NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, para CONDENAR por concepto de salarios dejados de percibir la suma de **\$1.100.000** correspondientes a la primera quincena de abril y 18 días de mayo de 2017, equivalente a 33 días de salario.

CESANTIAS:

Así pues, se **MODIFICARÁ** el NUMERAL 2 del NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, para CONDENAR por concepto de auxilio de cesantías, la suma de **\$552.778**.

INTERESES SOBRE LAS CESANTIAS:

Así pues, por concepto de intereses a las cesantías arroja un valor de \$66.334, no obstante, por ser el Curador Ad-Litem único apelante, y en aras de no hacer más gravosa su situación, se **CONFIRMARÁ** el NUMERAL 3 del NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, para CONDENAR por concepto de prima de servicios, la suma de **\$26.925,65**.

PRIMA DE SERVICIOS:

Así pues, se **MODIFICARÁ** el NUMERAL 4 del NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, para CONDENAR por concepto de auxilio de cesantías, la suma de **\$552.778**.

VACACIONES:

Así pues, se **MODIFICARÁ** el NUMERAL 5 del NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, para CONDENAR por concepto de vacaciones la suma de **\$276.389**.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ART. 64 CST:

Así pues, a folios 12 y 13 del expediente reposa carta de terminación del contrato en la que se le informa al actor las razones por las cuales se le da por terminado el contrato de trabajo, sin que haya sido objeto expreso de apelación que el mismo obedeció a una causa legal, pero no justa, razón por la cual procede la indemnización por despido sin justa causa de que trata el inciso 3º del Art. 64 del CST en el presente asunto, que establece que en el caso de los contratos a término fijo, la indemnización será correspondiente al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato.

En el presente asunto, se tiene por acreditado que el señor GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ suscribió con BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS un contrato de trabajo a término fijo por duración de 1 año desde el **1 de noviembre de 2016**, y que la relación laboral finalizó anticipadamente al **18 de mayo de 2017**, por causas legales conforme lo indicó el Juez de instancia.

Así pues, el periodo faltante corresponde del **19 de mayo de 2017** al **31 de octubre de 2017**, esto es, el equivalente a 162 días que le faltaban para finalizar el contrato a término fijo inicialmente pactado.

Así pues, se **MODIFICARÁ** el numeral 6) del numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, para **CONDENAR** a BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS a pagar a favor del señor GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ la suma de \$5.400.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CST.

No siendo otro el objeto de inconformidad por parte del recurrente, se **CONFIRMARÁ** en lo demás de la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que entre

las partes GUSTAVO ANDRES FELIPE FIERRO MARTINEZ y BOILER INTERNATIONAL COLOMBIA SAS, se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de entre el 1 de noviembre de 2016 y el 18 de mayo de 2017, desempeñando el cargo de Auxiliar Desarrollo Proyectos, devengando la suma mensual de \$1.000.000 por concepto de salario, en consecuencia **CONDENAR** a ésta última por los siguientes conceptos:

1. \$1.100.000 por concepto de salarios.
2. \$552.778 por concepto de cesantías.
3. Confirmar el valor condenado por concepto de intereses a las cesantías.
4. \$552.778 por concepto de prima de servicios.
5. \$276.389 por concepto de vacaciones.
6. \$5.400.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa Art. 64 CST.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220180016001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220180016001)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501220180016001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 04-2019-00917-01

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JESÚS EDUARDO OLAYA GUERRERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 218 a 224) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JESÚS EDUARDO OLAYA** instauro demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 1):

- 1) Condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, a la que tiene derecho el demandante con fundamento en lo consagrado en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con los respectivos incrementos y reajustes legales.
- 2) Condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez desde el momento en que tuvo el derecho el actor, hasta que su pago se haga efectivo.
- 3) Condenar a Colpensiones a pagar los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, desde la fecha de causación de cada uno de los derechos reclamados hasta que el pago se haga efectivo.
- 4) Condenar a Colpensiones a pagar la indexación en los valores condenados, teniendo en cuenta factores como el IPC, la devaluación de la moneda y los que afectan la economía del país.
- 5) Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 67 a 76), de acuerdo al auto visible a folio 98 y 99. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 4° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de diciembre de 2020. **ABSOLVIÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor **JESÚS EDUARDO OLAYA HERRERA**. **ABSTENERSE** de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la parte demandada. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, discrepa respecto de la interpretación que se hace del Acto Legislativo 01 de 2005 en perspectiva al presente asunto y la jurisprudencia que fue citada en la demanda, toda vez que si bien dicho Acto fue regresivo, también lo es que fue enfático en la necesidad y obligación de respetar el concepto los derechos adquiridos, que claramente no fue definido dentro de sus disposiciones, pero que permite a través de su lectura rescatar las ideas centrales frente al mismo, como en los siguientes apartados que citó *"El Estado garantizará los derechos, estabilidad financiera pensional, respetando los derechos adquiridos con arreglo en la Ley"*, más adelante en otros apartes expresa: *"En materia pensional se respetaran todos los derechos adquiridos"*, de otro lado, la Jurisprudencia que sobre el particular se ha desarrollado y ha efectuado una definición más concisa sobre la definición de derecho adquirido, y es por ello y por lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005 que se puede decir que en el caso en concreto, el demandante tiene un verdadero derecho adquirido y como tal se le debe aplicar y respetar la normatividad transicional solicitada. En este punto, surge la primera discrepancia frente a la interpretación del Juzgado, en relación con el régimen de transición, pues dentro del concepto de derecho adquirido no puede hablarse de cumplimiento de requisitos para adquirir determinada prestación económica, sino que debe hablarse del derecho a que no se cambien las reglas del juego, es decir, que no haya un cambio en las condiciones consagradas en el sistema pensional y eso para la Corte Constitucional es sin duda un verdadero derecho adquirido. Éste tema en extremo fundamental para la vida y dignidad de las personas, de ser interpretado no desde un método exegético, sino desde una perspectiva constitucional por los derechos fundamentales que involucra y por la primacía que se debe dar a los postulados del Estado Social derecho y de la soberanía de la Carta Política. Así, tal y como se expuso en el libelo introductorio, y en los alegatos de conclusión, es evidente que el Acto Legislativo trae una contradicción al exigir el cumplimiento de los derechos adquiridos, entendidos también como mantener las condiciones establecidas en el Sistema Pensional, con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, es por eso que ésta contradicción debe tener una solución de carácter constitucional cuya correcta aplicación depende del operador judicial que debe interpretar el problema jurídico que es de su conocimiento, a partir de los postulados y principios constitucionales que permiten dar una solución a partir del entendimiento que el régimen de transición, en los casos en que la Sala Plena de la Corte Constitucional ha entendido como derecho adquirido. De este modo, se ha establecido en múltiples providencias de la Corte Constitucional como en la T 168 de 2009, T 572 de 2012 T 218 de 2018 Su 130 de 2013, entre muchas otras decisiones, sentencias que si son aplicables al caso concreto en lo que respecta las consideraciones que establece los derechos adquiridos.

Ahora bien, cuál sería la utilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 cuando establece que se pierde el régimen de transición en el año 2015, pues la utilidad se la tendríamos que dar para aquellas personas que no tienen un derecho adquirido, que no habían cumplido los requisitos de tiempo de servicio para ser beneficiarios del régimen de transición, y esta es la única manera como efectivamente podemos entender una interpretación acorde con el Estado Social de Derecho, adentrándose en el caso en concreto, para cualquier persona, resulta claro que la respuesta que se está dando es absolutamente injusta y totalmente inequitativa, pues cuando entra en vigencia la Ley 100 de 1993 el demandante tenía más de 15 años de servicio, es una persona que había superado casi la meta en cuanto a la densidad de semanas e incluso para el 25 de julio de 2005 cuando comenzó a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, tenía más de 1000 semanas de cotización, era tan claro el convencimiento de haber cumplido el requisito de las semanas que solicita el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990, pero se entera que con la vigencia de un Acto Legislativo ya no podrá acceder a la pensión de vejez de conformidad con la norma anterior, sino con la Ley 100 de 1993, sin embargo interpone recurso de reposición en subsidio el de apelación, siendo negativa el amparo incoado. Salta a la vista una respuesta injusta, que a su criterio debe ser revisado profundamente los principios constitucionales pues sin duda la Corte Constitucional hizo una diferencia ya que al ser beneficiario del régimen de transición es una cosa, y otra es ser beneficiario de tiempos de servicios, porque la persona ha cotizado, ha hecho un esfuerzo a lo largo de su vida ha y ha trabajado de manera constante, y ha obtenido el mérito de tener más de 15 años de servicios prestados que van en contra de la racionalidad y proporcionalidad le cambien las reglas del juego, tal y como lo indican las sentencias C 779 de 2002, pues sus condiciones no pueden ser cambiadas a posteriori, ya que eso atentaría a todas luces contra los principios de favorabilidad y confianza legítima y ante la contradicción aquí explicada, tendría que acudir al Art. 53 de la CP., constituyente primario, para analizar detenidamente el caso en concreto a la luz de la Carta Política, pues el análisis exegético de la norma debe estar orientado con el espíritu constitucional.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si es procedente re-liquidar la mesada pensional del señor JESÚS EDUARDO OLAYA GUERRERO,

con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

STATUS DE PENSIONADO:

Sea lo primero indicar que no constituye objeto de controversia que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez al señor JESÚS EDUARDO OLAYA GUERRERO mediante **Resolución No SUB 83850 del 6 de abril de 2019**, en aplicación de la Ley 797 de 2003 a partir del 1 de mayo de 2019 en cuantía inicial de \$1.979.930, teniendo en cuenta que no contaba con novedad de retiro (fl. 29 a 17).

Posteriormente, mediante **Resolución No. SUB 145455 del 10 de junio de 2019** mediante la cual modificó la Resolución No SUB 83850 del 6 de abril de 2019, ordenando re-liquidar la pensión de vejez reconocida al actor, en aplicación de la Ley 797 de 2003 a partir del 1 de mayo de 2019 en cuantía inicial de \$1.982.156 (fls. 44 a 48)

RE-LIQUIDACIÓN RÉGIMEN DE TRANSICIÓN (ACUERDO 049 DE 1990 APROBADO POR EL DECRETO 758 DEL MISMO AÑO):

Pues bien, con el fin de estudiar el problema jurídico en esta instancia, encaminada a la re-liquidación de la prestación, es preciso analizar si el actor es beneficiario del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando para el caso bajo estudio, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

El Art. 36 de la Ley 100 de 1993 establece que para acceder al régimen de transición (evento en el cual podría pensionarse con la normatividad anterior), el afiliado deberá acreditar al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

Una vez verificado los documentos allegados con la demanda se acredita que si bien el Sr. JESÚS EDUARDO OLAYA GUERRERO contaba con 38 años de edad, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es el -1° de abril de 1994-, toda vez que nació el 8 de junio de 1956, la cual se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 7; lo cierto es que acredita 1.570,09 semanas conforme el reporte de historia laboral allegado por Colpensiones y actualizado al 21 de febrero de 2020 (fls. 78 a 91), esto es, más de 15 años de

servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cumpliendo de esta manera con uno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la normatividad en comento, para ser beneficiario del régimen de transición así como con el PAR. TRANS. 4° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace procedente estudiar la pensión de vejez conforme lo dispone el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que prescribe que tendrán derecho a esta prestación los hombres que acrediten 60 años de edad y un mínimo de 500 semanas en 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Ahora bien, se tiene que de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía del actor, el mismo nació el día 8 de junio de 1956 (fl. 7), cumpliendo 60 años de edad el mismo día y mes del año **2016**.

Al respecto, vale la pena traer a colación el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005 que dispone:

*"El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año **2014**".*

Así las cosas, al acreditar el demandante 60 años de edad en el año **2016** no conservó el beneficiario del régimen de transición, pues sobrepasó el límite establecido anteriormente, compartiendo la decisión de primera instancia.

En ese orden, vale la pena traer a colación la sentencia SL5217 con radicado 66152 del 28 de noviembre de 2018, entre otras, en el que el máximo Tribunal adoctrinó que el Acto Legislativo, dispuso que la vigencia del régimen de transición previsto en el precepto 36 de la Ley 100 de 1993, iría hasta el 31 de julio de 2010; pero de igual forma, previó la posibilidad de que quienes a la fecha en que entró a regir – 25 de julio de 2005-, tuviesen 750 semanas cotizadas o un tiempo de servicios equivalente, se les extendiera **hasta el 31 de diciembre de 2014**, cuyo objetivo era amparar aquellos afiliados que tenían expectativas próximas para alcanzar el

derecho a la pensión de vejez y no como lo indica el recurrente, para derechos adquiridos, y adiciónó:

Conforme a lo anterior, el hecho de poner un límite temporal al régimen de transición, que como su nombre lo indica, es transitorio, en manera alguna puede constituir una transgresión de derechos de los afiliados a alcanzar la pensión por vejez, dado que no fue una modificación intempestiva, sino que por el contrario, dio la oportunidad a aquellos asegurados que tenía la expectativa legítima de pensionarse en el periodo que consagró, y de acuerdo a las reglas que allí fijó, de conservar los beneficios que las normas anteriores al referido Acto Legislativo les otorgaban para acceder a esa prestación.

En reciente pronunciamiento, tal como la sentencia SL5127 de 2020 anotó la H. Corte Suprema de Justicia que de manera pacífica ha reiterado que el derecho a la pensión de jubilación, o de vejez, se causa cuando concurren los dos requisitos exigidos en la ley, es decir, la edad y el tiempo de servicios, o densidad de semanas cotizadas, por manera que, hasta tanto el afiliado no los cumpla, no puede hablarse de un derecho adquirido sino de una mera expectativa, lo que se encuentra en perfecta armonía con lo contemplado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el que se consagra *“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, [...]”*. Es por ello, que al momento histórico en que confluyan los dos requisitos antes señalados, se convierten en parte integral del patrimonio del afiliado y, por tanto, no puede ser arrebatado o quebrantado por quien lo creó o reconoció legítimamente, al respecto la Sala, entre otras, en sentencia CSJ SL3851-2020 que reiteró la SL 4040-2019, así como la SL1347-2019, reiterada más recientemente en la SL1289-2020.

Conforme la jurisprudencia en cita, cabe advertir que el Acuerdo 049 de 1990 no resulta aplicable al demandante, por cuanto si bien a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 superaba las semanas exigidas por esa norma, el actor no tenía la edad exigida, siendo relevante recordar que para el reconocimiento de la pensión de vejez debía acreditar tanto tiempo como edad con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, fecha en la cual se extendió el régimen de transición, por lo que en atención que no acreditó la totalidad de los requisitos con anterioridad a dicha data, no es posible re-liquidar la prestación bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990.

Por consiguiente, la limitación en el tiempo de aplicación realizada al régimen de

transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de julio de 2010, no quebranta los principios de progresividad y no regresividad, el de confianza legítima, favorabilidad, puesto que se protegen los derechos adquiridos y salvaguardan las expectativas legítimas de ciertas personas cercanas a pensionarse.

Finalmente, tampoco hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, como lo pretende la apoderada de la parte demandante, pues de conformidad con lo doctrina nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL841 con radicado 73948 del 06 de marzo de 2019 así:

Ahora, es claro para esta Colegiatura que tampoco es aplicable el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política en tanto que el mismo, parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas en vigor, mientras que, en el presente caso, existe disposición especial que determina la vigencia del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De manera que, al existir ese precepto que regula la situación de forma unívoca, es el único aplicable.

Así pues, los regímenes de transición son herramientas *temporales* que no constituyen derechos adquiridos, por tanto, pueden ser modificadas y tampoco implican vulneración al principio de la confianza legítima, pero que tienen por objeto evitar en su vigencia que los afiliados a un sistema pensional sean objeto de arbitrariedades producto de la libertad de configuración legislativa.

Bajo las anteriores consideraciones se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2020 por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada Colpensiones. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500420190091701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500420190091701)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500420190091701)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 05-2019-00435-01

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JOSÉ VICENTE LÓPEZ CORTES
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 8), así como de Colpensiones (fls.5 a 6) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

JOSE VICENTE LOPEZ CORTES instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES**, debidamente sustentada como aparece a folios 2 y 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. Que la primera mesada pensional del actor asciende a la suma de \$15.044.771,68.

2. Que Colpensiones debe realizar la respectiva re-liquidación de la pensión del demandante desde el 1º de julio de 2018.
3. Que Colpensiones debe cancelar al demandante el retroactivo pensional adeudado desde la fecha en que se le concedió la pensión hasta el momento en que se empieza a realizar el pago correcto de la mesada pensional.
4. Que Colpensiones debe realizar los incrementos de Ley, teniendo en cuenta que la mesada pensional del demandante para el año 2018 es de \$15.044.771,68.
5. Que las sumas adeudadas deben ser pagadas por Colpensiones debidamente indexadas.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

1. A pagar como primera mesada pensional a favor del actor la suma de \$15.044.771,68.
2. A realizar la respectiva re-liquidación de la pensión del actor desde el día 1º de julio de 2018.
3. A cancelar al demandante el retroactivo pensional adeudado desde la fecha en que se le concedió la pensión hasta el momento en que se empieza a realizar el pago correcto de la mesada pensional.
4. A realizar los incrementos de Ley, teniendo en cuenta que la mesada pensional del demandante para el año 2018 es de \$15.044.771,68.
5. A pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
6. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 54 a 65), de acuerdo al auto visible a folio 94. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de noviembre de 2020, **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a re-liquidar la pensión de vejez del señor JOSE VICENTE LOPEZ CORTES a partir del 1 de agosto de 2018 en la suma de \$13.817.579, junto con los reajustes legales y mesada trece adicional. Las diferencias producto de la re-liquidación se deberán indexar teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se causen cada diferencia y como IPC final, el del mes anterior en que se efectúe el pago de la re-liquidación. **AUTORIZÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a

descontar de ésta re-liquidación lo pagado por pensión de vejez, y a descontar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. **COSTAS** a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

RELIQUIDACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que al momento del reconocimiento pensional, la entidad accionada en aplicación del principio de buena fe, reconoció la pensión de vejez con fundamento en la norma mas favorable, en atención a los factores salariales por el demandante, como se evidencia en la historia laboral de Colpensiones y el respectivo IBL tomado fue el de los últimos 10 años, y teniendo en cuenta el tope máximo del IBL, conforme lo señala la Ley 100 de 1993, evidenciando en el reporte de historia laboral ciclos en donde hay cotizaciones que superan el tope máximo permitido, al igual se observa que se evidenciaron cotizaciones posteriores al reconocimiento de la prestación, por lo que obran mas semanas aportadas posterior a la solicitud del reconocimiento pensional, por lo que debe tenerse en cuenta que se requiere la desafiliación para cumplir con los requisitos, y disfrutar de la pensión.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí el señor JOSE VICENTE LOPEZ CORTES tiene derecho a la re-liquidación de la primera mesada pensional tomando como promedio de los 10 últimos años de cotizaciones, así como la tasa de reemplazo.

STATUS DE PENSIONADO:

No es objeto de controversia dentro del presente asunto que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al señor JOSE VICENTE LOPEZ CORTES pensión de vejez mediante Resolución SUB 174485 del 29 de junio de 2018 con fundamento en la Ley 797 de 2003, con un IBL de \$17.979.479, aplicando el 70.50%, arrojando como primera mesada pensional la suma de \$12.675.533 a partir del 1 de julio de 2018 (fls. 26 a 30).

RE-LIQUIDACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL:

En el presente caso, conforme se desprende de las resoluciones reconocedoras de la prestación fue reconocida con fundamento en **2045** semanas (fls. 26 a 30), lo cual, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, permite conformar el Ingreso Base de Liquidación bien con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años o el de toda su vida laboral, escogiendo el que le resulte más favorable.

Así pues, la Sala procedió a establecer el valor de la mesada, con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, calculando el IBL con el promedio de los **ÚLTIMOS DIEZ AÑOS cotizados** efectivamente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, pues es la base para efectuar los aportes y serán los mismos para liquidar la prestación, conforme lo realizó el Juez de instancia.

En relación con la cuantía de la pensión, la misma deberá calcularse de conformidad con lo dispuesto en el Art. 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el Art. 10 de la ley 797 de 2003, que señala:

“El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.”

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$$r = 65.50 - 0.50 s, \text{ donde:}$$

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. (...).

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Así las cosas, al aplicar la fórmula $R = 65.5 - 0.5s$, donde "R" es el porcentaje del ingreso de liquidación a aplicar y "S" es el número de salarios mínimos legales vigentes, promediado con el IBL, en la suma de **\$18.023.888,77**, el cual se divide por el salario mínimo para el año 2018 (\$781.242), lo que arroja un **23.07** de salarios mínimos legales mensuales vigentes que al multiplicar por 0.50s nos indica el valor de **11.53**.

Ahora, al restarle de 65.50 los 11.53 salarios mínimos legales mensuales vigentes arroja un porcentaje de ingreso de liquidación de **53,97**.

Por otro lado, el artículo 34 indicó además que por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas incrementaría el ingreso base en 1.5%, así pues y de acuerdo al reporte de historia laboral de la demandante, se puede establecer que el actor acreditó un total de 2.054,57 semanas conforme el reporte de semanas cotizadas actualizado al 3 de diciembre de 2019, luego es procedente aumentar 22,5% adicional al 53,97 que arrojó inicialmente, por lo que se establece un monto final de **76,46%**, conforme liquidación efectuada con apoyo al Grupo Liquidador adscrito a la Sala, arrojando como primera mesada pensional la suma de \$13.781.893,20 a partir del 1 de agosto de 2018.

Sea del caso resaltar que como quiera que se acredita que el actor cotizó hasta el ciclo de julio de 2018, éste será tenido en cuenta e incluido a efectos de liquidar el IBL y por lo tanto, se reconocerá las diferencias pensional si a ello hubiere lugar a partir del 1 de agosto de 2018.

En ese orden de ideas, como quiera que la mesada calculada por ésta instancia es INFERIOR a la otorgada por el Juez de primera instancia (\$13.817.579), y en atención al Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se **MODIFICARÁ** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a re-liquidar la pensión de vejez del señor JOSE VICENTE LOPEZ CORTES a partir del 1 de agosto de 2018 en la suma de **\$13.781.893,20**, junto con los reajustes legales y mesada trece adicional.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, a efectos de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar al señor JOSE VICENTE LOPEZ CORTES la suma de \$40.493.812,67 por concepto de diferencias en el retroactivo pensional causadas a partir del 1 de agosto de 2018, con corte al 31 de marzo de 2021, sin perjuicio de las que a futuro se causen, sumas que en todo caso deberán ser canceladas debidamente indexadas al momento de su pago.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

Finalmente, con relación a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida mediante acto administrativo proferido el 29 de junio de 2018 (fls. 26 a 30); que la parte

demandante presentó reclamación administrativa el día 14 de diciembre de 2018 conforme documental vista a folios 31 a 34 del plenario, y radicó la presente demanda el día 26 de junio de 2019, tal y como consta en el acta de reparto visible a folio 44, sin que por tanto haya operado el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a re-liquidar la pensión de vejez del señor JOSE VICENTE LOPEZ CORTES a partir del 1 de agosto de 2018 en la suma de \$13.781.893,20, junto con los reajustes legales y mesada trece adicional.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, a efectos de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar al señor JOSE VICENTE LOPEZ CORTES la suma de \$40.493.812,67 por concepto de diferencias en el retroactivo pensional causadas a partir del 1 de agosto de 2018, con corte al 31 de marzo de 2021, sin perjuicio de las que a futuro se causen, sumas que en todo caso deberán ser canceladas debidamente indexadas al momento de su pago.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida en primera instancia.

CUARTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

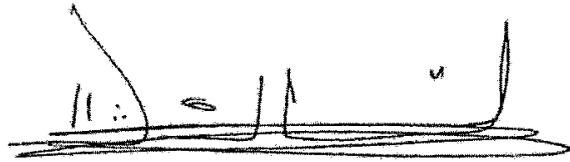
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500520190043501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500520190043501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500520190043501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 08-2016-00524-01

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JORGE LUIS ECHEVERRIA OROZCO
DEMANDADO: CARBONES DEL CERREJON LIMITED
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 466 a 468) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JORGE LUIS ECHEVERRIA OROZCO instauró demanda ordinaria laboral contra de CARBONES DEL CERREJON LIMITED, debidamente sustentada como aparece a folios 65 a 67 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. Que la terminación del contrato de trabajo es ilegal, y por lo tanto, ineficaz toda vez que no medió autorización expresa del Ministerio del trabajo para permitir la culminación.

2. Que la demandada terminó el contrato de trabajo sin justa causa en razón de un hecho ocurrido durante un conflicto colectivo (Fuero circunstancial).

CONDENAS:

1. Reintegrar y/o reinstalar al actor a un cargo de igual o superior jerarquía, con las mismas o mejores condiciones en las que se encontraba al momento de la terminación del contrato laboral.
2. Al pago de los salarios a que tuvo derecho por no haber existido justa causa terminación del contrato.
3. Indemnización por falta de pago de los salarios y prestaciones debidas al momento de la presentación de la demanda Art. 65 CST.
4. Al pago de las prestaciones sociales a que tuvo derecho por no haber existido justa causa de terminación del contrato, esto el pago de vacaciones, prima, cesantías e intereses a las cesantías.
5. Indemnización por despido sin justa causa, equivalente al pago de 180 días.
6. Al pago de las sumas dejadas de pagar por concepto de trabajo suplementario (horas extras) y recargos generados por el trabajo efectivamente prestado en la jornada laboral durante el tiempo de vinculación con la empresa.
7. Al pago de los aportes dejados de cancelar al Sistema de Seguridad Social Integral (ARL, EOS y AFP).
8. Al pago de aportes parafiscales.
9. Al pago de todos los conceptos laborales que se causen y no se paguen en virtud del concepto laboral.
10. Al pago de la reparación integral de daños y perjuicios ocasionados al demandante, desde el momento de la terminación ilegal del contrato hasta el momento en que se verifique el pago de lo adeudado.
11. Costas procesales

DECLARACIONES SUBSIDIARIAS:

1. Declarar que la terminación del contrato de trabajo con justa causa alegada por la demandada es injusta al no configurarse la causal alegada por la empresa.

CONDENAS:

1. Al pago de la indemnización por falta de pago de los salarios y prestaciones debidas al momento de la presentación de la demanda Art. 65 CST.
2. Al pago de la indemnización legal por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa establecida en el Art. 64 del CST.
3. Al pago de las sumas dejadas de pagar por concepto de trabajo suplementario (horas extras) y recargos generados por el trabajo efectivamente prestado en la jornada laboral durante el tiempo de vinculación con la empresa.
4. Al pago de la reparación integral de daños y perjuicios ocasionados al demandante, desde el momento de la terminación ilegal del contrato hasta el momento en que se verifique el pago de lo adeudado.
5. Costas procesales.

La sociedad CARBONES DEL CERREJON LIMITED, contestó la demanda (fls. 130 a 378), de acuerdo al auto visible a folio 379. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 8° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 1 de septiembre de 2020, **ABSOLVIÓ** a la demandada CARBONES DEL CERREJON LIMITED de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el demandante JORGE LUIS ECHEVERRIA OROZCO. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de cobro de lo no debido. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Manifiesta que se encuentra inconforme con la decisión proferida en primera instancia, por cuanto la Compañía demandada no debía aplicar el despido sin justa causa, porque la línea en construcción no podía tener energía estática, no había líneas en el suelo, el

actor manifestó en los descargos que: *"para la labor que asumimos como habíamos expresado, no había circuito energizante por estar en línea de construcción, es claro que asumimos automáticamente que no había necesidad de solicitar autorización a su supervisor vía radio para intervenir dicho circuito, es cierto que esa condición está expresada en el protocolo pro – sop – perte que conocemos y aplicamos, siempre que existe el verdadero riesgo que pueda afectar nuestra seguridad y vida, el tema de utilización de los guantes dieléctricos cuya vigencia de prueba de laboratorio había expirado el 22 de enero de 2016, es un hecho que asumimos, pero en el cual igualmente debemos expresar que fue un hecho involuntario, porque ante la recurrencia de labores, consideramos que la verificación debe hacerla quien tenga esa responsabilidad diferente a quienes realizamos la labor directa, la disponibilidad de los guantes, así como de otros aparatos que por estándar se requiera la verificación de los mismo, debe ser criterio de quien controla las herramientas".* Ahora, el demandante manifestó en los descargos que él asumía que tenía sus guantes vencidos, pero aclara que si bien estaban vencidos, era obligación de la empresa verificar para haberle dado unos nuevos, aclara también que la obligación de la empresa era haberle dado unos nuevos guantes, pero también aclaró que en ese circuito no había energía, y que por tal razón, no solicitó autorización de su supervisor, no había necesidad que se aplicaran las 'cinco reglas de oro', pues como usar las 'reglas de oro' en circuitos que aún no están funcionando, como encender un bombillo si no hay energía, es tan lógico como eso, la línea en construcción no podía recibir ninguna línea eléctrica, que no había energía.

Manifiesta la compañía demandada que el actor pudo haber arriesgado su vida, sin embargo el 19 de febrero de 2016 no podía caer cargas atmosféricas en la línea en construcción, porque además de ser pleno verano en esa época, se contaba con un sistema de detección de descargas atmosféricas muy efectivo, los guantes dieléctricos, la falta de aplicación de las 'cinco reglas de oro' no es un hecho relevante dentro del circuito en donde se encontraba trabajando el actor, repite que no había un circuito energizado, es una paradoja la causal de despido que aplicó la demandada, no hay relevancia y no tiene ningún sentido. En ese orden, la sanción aplicada al demandante fue exagerada, pues no se aplicó una sanción que reeducara al equipo de trabajo, el demandante fue buen trabajador, pues laboró por 24 años de servicio, no se tuvo ninguna anotación memorando, o alguna falta en su hoja de vida laboral, por eso para la parte demandante fue un despido injusto, y por lo tanto solicita se revoque totalmente la sentencia proferida en primera instancia.

PRUEBA TESTIMONIAL: No acepta la apoderada de la parte demandante que el Juzgado no haya tenido en cuenta los testimonios decretados a favor de la parte demandante, como quiera que aunque no fueron testigos presenciales, no vieron lo que pasó, tampoco son testigos de oídas, pues ellos quienes también llevan varios años

con la compañía accionada en el área de electricidad, por su experiencia y pericia, saben cómo manejar un circuito desenergizado, saben cómo operar en este tipo de casos, así que el Despacho no debió haber obviado éstos testigos, quien mejor que ellos para manifestar como se actúa en un campo de una línea desenergizada. La administración de la demandada sabe que los procedimientos para los trabajos que se realizaban en la Superintendencia de energía para esa época eran confusos, por la cantidad de cambios que les hacían diariamente caprichosamente, algo que se debe recalcar el pronunciamiento de los testigos de la demandada, es que fue después del despido del actor, que se hicieron cambios profundos en los procedimientos de las 'reglas de oro', esto es, posterior al año 2016, lo que quiere decir es que antes del año 2016 no se tenían claras las reglas y procedimientos.

La compañía demandada no tiene claro el procedimiento en los circuitos desenergizados, precisamente porque no hay un circuito en sí, pues el procedimiento *pro – sop – parte* en ninguna parte del expediente que fueron aportados por la parte demandante, no indican nada respecto de cómo actuar en líneas desenergizadas, precisamente porque estos procedimientos fueron diseñados para campos que estuvieran energizados, no para campos desenergizados, todo ese manejo se hacía de forma experimental, de forma empírica, según el trabajador supiera.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la terminación del contrato de trabajo que ató a las partes obedeció a una justa causa **2.** En el evento en que sea afirmativo, si hay lugar a reintegrar al señor JORGE LUIS ECHEVERRIA OROZCO al cargo que venían desempeñando, a uno igual o de

superior jerarquía por no existir justa causa para el momento en que se terminó el contrato de trabajo.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Observa la Sala que no fue objeto de discusión la existencia de un vínculo laboral que ató a las partes, mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido desde el **13 de diciembre de 1991** hasta el **22 de marzo de 2016**, desempeñando el cargo de 'Técnico Calificado', conforme se desprende del contrato de trabajo de duración indefinida vista a folios 31 a 34, así como carta de terminación de su contrato de trabajo por justa causa vista a folio 35, y certificación obrante a folios 163 y 164 del plenario.

DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL – JUSTA CAUSA:

El Juzgado de instancia declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor JORGE LUIS ECHEVERRIA OROZCO. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante presenta recurso de apelación a efectos de que sea revocada la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que dentro del presente proceso no se configura la justa causa que aduce la sociedad demandada para dar por terminada la relación laboral, en tanto que la línea en que trabajaba el actor el 19 de febrero de 2016 se encontraba en construcción y no podía tener energía estática, y por tal razón, no solicitó autorización de su supervisor, no había necesidad que se aplicaran las 'cinco reglas de oro' y si bien aceptó que estaba desarrollando sus funciones con guantes Dieléctricos que ya se encontraban vencidos desde el 22 de enero de 2016, lo cierto es que era obligación de la empresa verificar dicha situación y dado unos nuevos.

Sea lo primero señalar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Reposa a folios 170 y 171 del plenario carta de terminación del contrato de trabajo por justa causa en el que se le indicó al señor JORGE LUIS ECHEVERRIA OROZCO que:

"El día 19 de febrero de 2016, aproximadamente a las 10:00 horas, cuando usted ejecutaba trabajos eléctricos junto con el señor JESÚS MARRUGO CAMPO en el Circuito de Distribución en construcción para suministrar energía a la Isla de Combustible Portátiles 1, en la Mina del Cerrejón, no aplicó un segundo Sistema de Puesta a Tierra en el Circuito que se deriva hacia dicha Isla Portátil, como lo indica el procedimiento para cerrar - reparar Puentes en Líneas Eléctricas, PRO-SOP-CPLE. No realizó la verificación de ausencia de tensión antes de intervenir el Circuito por no contar con el Detector de ausencia de tensión en el sitio y no solicitó autorización a su Supervisor, vía radio, para intervenir dicho Circuito, tal como está previsto en el procedimiento PRO-SOP-PERTE, que es de su conocimiento. De igual manera, utilizó los Guantes Dieléctricos cuya vigencia de prueba de laboratorio habría expirado el 22 de enero de 2016. Por todo lo anterior, usted faltó al seguimiento riguroso de los procedimientos establecidos para estos efectos, los cuales son de su total conocimiento y de obligatorio cumplimiento. En consecuencia, usted obró con imprudencia, descuido y grave negligencia al no aplicar el procedimiento específico de las 5 reglas de oro, por lo que puso en serio peligro su seguridad personal y su integridad física.

Debe saber que los hechos aquí narrados y las conductas presuntamente realizadas por usted constituyen incumplimiento de varias de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, y sin perjuicio de los criterios que para estos propósitos tiene definidos y/o aplica la jurisprudencia Laboral de Colombia, la Empresa estima que dichos hechos encuadran en lo previsto en las siguientes disposiciones jurídicas: Artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, parte a), numeral 6; artículos 55, 56 y 58 numerales 1º y 8º del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 14, numeral 1, literales e), g) y q); artículo 71 literales a), k) y q); y artículo 72, literales b) y y) del Reglamento Interno del Trabajo. "

Conforme a lo anterior, la parte demandante acreditó el hecho del despido del actor, desplazándose en este momento la carga al empleador a efectos de desplegar su actividad probatoria y demostrar los motivos que invocó y lo llevó a finalizar el vínculo laboral, y si los mismos constituyen una justa causa para dar por terminada la relación laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe señalarse en primer lugar que la relación laboral se dio por terminada por parte de la sociedad demandada, alegando como justa causa, la falta de las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias establecidas en el Artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, parte a), numeral 6; artículos 55, 56 y 58 numerales 1º y 8º del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 14, numeral 1, literales e), g) y q); artículo 71 literales a), k) y q); y artículo 72, literales b) y y) del Reglamento Interno del Trabajo.

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, parte A modificado por el 7º del Decreto 2351 de 1965 enumera las causas justas de terminación del contrato de

trabajo por parte del empleador, en su numeral 6 contempla como una de ellas: *«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 ese orden, lo primero que hay que aclarar es que la finalización de la relación laboral invocando una justa causa, de modo alguno constituye una falta disciplinaria, conforme lo adoctrina nuestro máximo órgano de cierre en sentencia con Rad. 47346 del 9 de marzo de 2016, y en el que señala:

En asuntos de similares características a los que son objeto de controversia, la Corte ha precisado con insistencia que el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y, en consecuencia, aquel no tiene que estar sujeto a un trámite previo, salvo que tal exigencia se hubiera pactado en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral, situación que no es la acontecida en el sub judice.

Para el efecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 22 de abril y 13 de marzo de 2008, radicaciones 30612 y 32422, respectivamente, en las que se dijo:

“Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa.

En ese orden de ideas, contrario a lo afirmado por la apoderada de la parte demandante que el despido no es una sanción disciplinaria y que por ende, para su imposición, no existe la obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de la sanción disciplinaria, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente en el contrato de trabajo, convención colectiva o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa.

Ahora bien, señala la parte demandada que los hechos motivantes de la desvinculación, que constituyeron la JUSTA CAUSA para el despido, se orientaban al incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador derivadas del contrato de trabajo, relativas a la inobservancia con las normas del sistema y del manual de operaciones, ante los hechos presentado el día 19 de febrero de 2016, mientras se realizaban trabajos eléctricos por parte del demandante en el Circuito de

Distribución en construcción para suministrar energía a la Isla de Combustible Portátiles 1, en la Mina del Cerrejón.

En tal sentido, como quiera que para el recurrente se efectuara una indebida apreciación del material probatorio allegado al plenario, éste se revisará de forma integral para determinar si existió o no una justa causa para la terminación del vínculo.

De la prueba recaudada en punto a la demostración de la justa causa alegada, se encuentra citación dirigida al actor a diligencia de descargos rendida el 26 de febrero de 2016, en la que se le indicó además de los hechos ocurridos el 19 de febrero de la misma anualidad, que los hechos allí narrados y las conductas presuntamente realizadas constituyen incumplimiento de varias de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, y sin perjuicio de los criterios que para estos efectos tienen definidos y/o aplica la Jurisprudencia Laboral de Colombia, la empresa estima que dichos hechos encuadran en lo previsto en las siguientes disposiciones jurídicas: Artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, parte a), numeral 6; artículos 55, 56 y 58 numerales 1º y 8º del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 14, numeral 1, literales e), g) y q); artículo 71 literales a), k) y q); y artículo 72, literales b) y y) del Reglamento Interno del Trabajo (fls. 172 y 173), acta para oír en descargos a un trabajador (fl. 174).

Obra a folios 176 a 179 del plenario versión de JORGE ECHEVERRIA en el proceso disciplinario en el que manifiesta que:

*“El 19 de febrero segunda día de turno de trabajo, después de la respectiva charla de seguridad, se nos asignó la labor de conectar dos (2) lámparas y aterrizar un cable de guarda de la isla de combustible portátil 1, (donde el sistema eléctrico se encuentra en construcción y además cerrar los puentes de esa línea de alimentación en construcción para esa tarea, fui asignado con el compañero JESUS MARRUGO, con el cual después de ser asignados a esa área específica, procedimos además de solicitar los implementos para la ejecución de la tarea, proceder a la evaluación mecánica y pre operacional de nuestro equipo móvil de trabajo (carro canasta) ya con todo organizado decidimos como de costumbre coordinar la salida e ir al sitio específico a cumplir con la asignación de tarea referida.
(...)”*

Es importante explicar y clarificar que para la labor que asumimos como habíamos expresado, no había circuito energizante por estar en línea de construcción, es claro que asumimos automáticamente que no había necesidad de solicitar autorización a su supervisor vía radio para intervenir dicho circuito, es cierto que esa condición esta expresada en el protocolo pro – sop – perte que conocemos y aplicamos, siempre que existe el verdadero riesgo que pueda afectar nuestra seguridad y vida, el tema de utilización de los guantes dieléctricos cuya vigencia de prueba de laboratorio había expirado el 22 de enero de 2016, es un hecho que asumimos, pero en el cual igualmente debemos expresar que fue un hecho involuntario, porque ante la recurrencia de labores, consideramos que la verificación debe hacerla quien tenga esa responsabilidad diferente a quienes realizamos la labor directa, la disponibilidad

de los guantes, así como de otros aparatos que por estándar se requiera la verificación de los mismo, debe ser criterio de quien controla las herramientas”

Obra también versión de los representantes de SINTRACARBON en el descargo del señor Jorge Echeverría, en donde se indicó que en ejecución de las funciones del demandante, hizo una valoración seria de las realidades del circuito, asumiendo autónomamente la valoración técnica, de cómo podían intervenir para colocar o cerrar el puente específico que se les había asignado cerrar, concluyendo que la no aplicación de un segundo sistema de puesta a tierra no fue por negligencia del trabajador (fls. 180 a 182).

Así mismo, fue allegado a folios 189 a 222, investigación ICAM caso CE 299796 19 de febrero de 2016 “Personal trabajando sobre una red aérea de energía sin aplicar adecuadamente las reglas de oro”, en que intervino el Comité de riesgo eléctrico, quien concluyó que los hechos ocurridos eran una violación de las cinco reglas de oro y un incumplimiento de procedimientos, el Departamento de Recursos Humanos y Departamento Legal, quienes coincidieron en afirmar que era una violación de gravedad alta y el Departamento de Seguridad, quien concluyó que era un incumplimiento de procedimientos – comportamientos no tolerables, relacionando en la descripción del incidente:

“5. Evidencias

Persona

- *Guantes dieléctricos con certificación vencida*
- *Omision de uso verificador de ausencia de tensión (No estaba en sitio)*
- *Instalación incompleta de los sistemas de puesta a tierra*
- *Diligencian permiso de trabajo eléctrico plasmando información no veraz: Presencia de verificador de ausencia de tensión (No lo tenían en sitio), confirmación con el Supervisor (No fue realizada la solicitud vía radio), tal y como lo establece el procedimiento PRO-SOP-PERTE.”*

A folios 223 a 232 se observa el procedimiento de permisos de trabajos eléctricos Superintendencia de Energía PRO-SOP-PERTE versión 4, 2015/09/18, con el que se establece una guía de identificación de tareas para evitar accidentes mediante autorizaciones y verificaciones a la aplicación de medidas de control en las tareas de alto riesgo de empelados y contratistas.

Por otro lado, se recibió **interrogatorio de parte** al señor JOSE JAVIER ARANGON, en calidad de representante legal de la demandada, quien indicó que el motivo del despido del demandante, se le presentó la carta de terminación por justa causa al demandante, ya que en una inspección que se realizó a su sitio de

trabajado, de esas rutinarias a efectos de determinar el cumplimiento de los procedimientos y protocolos del trabajo, los cuales son riesgosos por desempeñar funciones como eléctrico, se encontró que el actor y su compañero de cuadrilla, estaban haciendo un trabajo eléctrico estaban utilizando sin el aislamiento correspondiente en cuanto a ausencia de tensión, como lo establece el procedimiento que la Compañía tenía establecido y publicado, adicionalmente estaban usando unos guantes de tejido, en el informe se dijo que no se habían diligenciado de forma correcta ese trabajo, incumplimiento de protocolos de normas de seguridad, lo que dieron lugar a descargos, como lo establece la CCT, y luego de escuchada la defensa, tanto del demandante, como del Sindicato que pertenecía, la empresa no encontró justificada las explicaciones que dio, y por eso decidió dar por terminado el contrato, alegando la justa causa, tal y como se consignó en la carta de terminación que fue aportada en la contestación. Que el lugar donde se encontraba el demandante era un circuito en construcción, por tanto no estaba energizado, pero eso no implica que no se hiciera el aislamiento correspondiente, como lo establecen los protocolos y procedimientos, porque entiende que alguno de esos circuitos podrían ser intervenidos de manera externa o atmosféricamente porque podía llegar carga eléctrica que pudiera generar algún tipo de riesgo. Que esa carga energética puede llegar por ejemplo a través de un rayo, tormentas eléctricas, es una de las causales que podían ocurrir. Que el día de los hechos no estaban cayendo tormentas eléctricas, el procedimiento no dice que se debe hacer el protocolo de aislamiento en invierno, debe hacerse permanentemente y no queda a criterio del operario o del trabajador, el procedimiento no establece excepciones. Que el procedimiento debe cumplirse tanto en un circuitos que se encuentre en construcciones, tanto como en los circuitos que ya están en funcionamiento. Que no es cierto que los guantes utilizados por el actor eran aptos para trabajar, pues el informe reprochó que se utilizaran unos guantes estaban vencidos. Que un guante eléctrico debe tener la capacidad de soportar determinada carga y eso se verifica haciendo las cargas de laboratorio especializado, y de acuerdo con eso, la certificación que da el laboratorio es lo que le permite al trabajador hacer su trabajo en condiciones seguras. Que no tiene presente que el demandante tuviera antecedentes disciplinarios.

Se recibió prueba testimonial **JAVIER JIMENEZ, IGOR KARELD DIAZ LÓPEZ y JUAN DE LA CRUZ CARO**, quienes coincidieron en manifestar, contrario a la apoderada de la parte demandante, que no se encuentran claros los parámetros para aplicar los protocolos y procedimientos en cada caso en concreto, sin embargo

no aportan gran relevancia para el caso bajo estudio por cuanto no estuvieron presentes el día 19 de febrero de 2016, día de los hechos y que dieron lugar a la terminación unilateral y con justa causa el contrato de trabajo con el demandante, puesto que no se encontraban trabajando junto con el demandante, sin que pudieran dar con exactitud detalles de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y que les conste de manera directa, los hechos que ocasionaron el despido del demandante.

Por el contrario, los testimonios de los señores **ERIC BROWN, ANGELA MARÍA AGUDELO** y **NESTOR RAFAEL GÓMEZ** fueron coincidentes en afirmar que todos ellos hicieron parte de la investigación que hizo la compañía de la demandada respecto del día de los hechos, y otros en la diligencia de cargos en contra del accionante, es decir, que sus dichos les consta de manera directa. Lo primero que declaran éstos testigos es que para el año 2013 – 2014, se llevó a cabo un proceso de capacitación por una serie de incidentes que habían ocurrido en la empresa por falta de diligencia en materialización en las reglas básicas para laborar, es decir, que para las fechas en que ocurrieron dichas capacitaciones ya habían culminado con anterioridad superando así los malos entendidos, además coinciden en afirmar que el demandante cometió las siguientes faltas: 1) no tenía puesto un polo a tierra cuando se requería, 2) los guantes que estaba utilizando estaban vencidos, correspondiéndoles a los trabajadores la responsabilidad de realizar la visita técnica para ser revisados, ya que es un elemento de protección personal, 3) no haber realizado el estudio de energía de los puntos para verificar la tensión y 4) no contaba con la autorización de su supervisor para trabajar en dichas condiciones, pese de haber llenado una tabla de trabajo donde especificaron que se encontraban en condiciones normales y que contaban con dicho aval, que en realidad no era cierto. También coincidieron en manifestar que el demandante puso en riesgo su vida, porque era imposible verificar de vista, como en efecto ocurrió, que la líneas a intervenir no tuvieron energía, para lo que sí hay procedimientos específico, que son las denominadas 'cinco reglas de oro' las cuales deben llevar a cabo de manera obligatoria y en orden, para poder estar completamente seguros de la falta de tensión y de electricidad, lo cual en el presente caso se omitió. Finalmente señalaron, que en atención a la naturaleza de las tareas realizadas por los técnicos, éstos tienen la obligación de pedir permisos a su supervisor, de todas las funciones que tienen a su cargo y esto es de tal importancia, a efectos de que el supervisor verifique si se cumplen la implementación de las 'cinco reglas de oro', por lo que la empresa valoró las pruebas y concluyó que el demandante incumplido con el

protocolo, así como son sus deberes legales y reglamentarios, generando un alto riesgo, y poniendo en peligro, no solamente su vida, sino la de su compañero de vida, todo lo anterior corroborado con la investigación del 19 de febrero de 2016 realizada por la compañía demandada.

Analizado lo expuesto, considera la Sala que la demandada cumplió con la carga procesal de probar los motivos invocados en la carta de despido y que resultan suficientes para estimar como justa causa para la terminación del contrato de trabajo, pues contrario a lo afirmado en el recurso el demandante se encontró plenamente acreditado la causal establecida en el numeral 6 de la parte a) del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales del trabajador, de acuerdo con el Art. 58 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

En el caso bajo estudio se encontró acreditado que el demandante omitió solicitar autorización al supervisor, exigencia establecida en el procedimiento PRO-SOP-PERTE, y de igual manera, estaba ejecutando su labor con guantes dieléctricos cuya vigencia de prueba de laboratorio habría expirado el 22 de enero de 2016, situaciones que expresamente se encontraba calificada como una falta grave para el fenecimiento del vínculo por parte del empleador conforme el artículo 71 literales a), k) y q); y artículo 72, literales b) y y) del Reglamento Interno del Trabajo (fl. 170 y 171), prohibición, que según los reconocido por el propio demandante se encontraba contenida en el reglamento interno de trabajo.

En este orden de ideas, al tener por acreditado dentro del plenario, que el día 19 de febrero de 2016 el demandante de manera autónoma no vio la necesidad de solicitar autorización al supervisor, sin que dicha autonomía esté dentro de las facultades del trabajador en relaciona a decidir cuándo debe pedir autorización al supervisor, pues conforme lo indicó el representante legal de la demandada, el procedimiento no establece que se debe hacer el protocolo de aislamiento en invierno, debe hacerse permanentemente y no queda a criterio del operario o del trabajador, el procedimiento, pues el mismo no establece excepciones, por lo tanto el procedimiento debe cumplirse tanto en un circuitos que se encuentre en construcciones, tanto como en los circuitos que ya están en funcionamiento, sin excepción alguna, en ese sentido, conforme se observa de las responsabilidades generales establecidas en el procedimiento de permisos de trabajos eléctricos

“Reportar al supervisor cualquier condición de riesgo no identificada, usar el equipo de protección personal definido en el estándar de trabajo e identificado en el respectivo permiso o lista de verificación de trabajos eléctricos”, conforme se observa a folios 224 y 225 del plenario.

En el mismo sentido, no se presentaría por parte del juez de instancia una interpretación errónea de la jurisprudencia frente a la imposibilidad de calificar la gravedad de la falta por haber sido dispuesta como tal por las partes, pues bastará señalar que conforme a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T. el contrato de trabajo se puede terminar por justa causa por “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.”

Correspondiendo en el primer caso la calificación de la gravedad de la falta al juez del trabajo, y en el segundo caso, su determinación se encontraría a cargo de las partes del contrato de trabajo, o en el reglamento interno, entre otros, situación que es aplicable al presente asunto, conforme documental visible a folio 159. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicado 38855 del 28 de agosto de 2012)

En suma, debe concluirse la demandada probó la justa causa alegada en la carta de terminación de la relación laboral, pues el demandante incumplió con las prohibiciones establecidas en el contrato de trabajo, así como también incumplió con las prohibiciones establecidas en el reglamento interno de trabajo visibles a folios 258 a 264 del *paginario*, pues su obligación de solicitar autorización de su supervisor a todas luces fue desatendido y desacatado por el ex trabajador, bajo el argumento que a su consideración no debía hacerlo, no obstante tener la obligación de hacerlo, concluyendo que realizó sus labores sin previa autorización de su Supervisor, implicando un riesgo mortal, faltando a la debida diligencia profesional que demandaba el desempeño de las funciones de todo trabajador, máxime si se tiene en cuenta la larga trayectoria del actor al servicio de la empresa demandada, sin dejar de lado que el actor trabajó y desempeñó sus funciones con guantes Dieléctricos cuya vigencia de prueba de laboratorio habría expirado el 22 de enero de 2016, situación que a todas luces se configuró la falta grave por parte del trabajador, bajo el entendido que el desconocimiento de los protocolos de seguridad y su inobservancia con los elementos de protección, generan un riesgo que

eventualmente podrían comprometer la responsabilidad de la empresa, y en ese orden la configuración de un daño, la simple postura ante un riesgo genera la ruptura de la confianza que debe mediar en toda relación laboral, en especial en aspectos tan relevantes de la seguridad de los trabajadores, que a la postre, de que puede generar afectaciones en su salud y bienestar en su integridad, razones suficientes para llegar a la conclusión que aunque no estuviera calificada la falta, lo cual sí ocurrió, lo cierto es que los hechos endilgados al actor, se enmarcan en una falta grave constitutiva de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Finalmente, no se configura la especial protección por fuero circunstancial, como quiera que el mismo opera desde la presentación del pliego de peticiones hasta la firma de la convención colectiva del trabajo, y en el presente asunto la firma de la convención fue con anterioridad a la terminación del contrato (16 de marzo de 2016 – fl. 233) y la relación laboral se dio por terminada el 22 de marzo de 2016, iterando que el despido obedeció a una justa causa comprobada.

En consecuencia se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2020 por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500820160052401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500820160052401)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500820160052401)