

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL RITO ANTONIO POVEDA RIAÑO CONTRA FIDUAGRARIA SA PAR ISS EN LIQUIDACIÓN. Rad. 2016 00139 01 Juz 16.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

RITO ANTONIO POVEDA RIAÑO demandó a la FIDUAGRARIA S.A PAR ISS EN LIQUIDACIÓN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 335 a 340.

- Contrato de trabajo a término indefinido entre el 30 de enero de 2007 hasta el 08 de enero de 2013.
- Se declare que el actor es beneficiario de la convención colectiva.
- Se declare que el cargo desempeñado fue el de conductor mecánico.
- Se liquide, ajuste y pague los emolumentos legales y extralegales dejados de reconocer.
- Diferencia salarial entre los honorarios cancelados y lo devengado por el cargo de conductor mecánico.
- Incremento adicional mensual al salario básico conforme art. 39 convencional.
- Incremento adicional del salario básico conforme art. 40 convencional.
- Prima de servicios de junio y diciembre con el aumento anual convencional del art. 50.
- Prima de servicios adicional de junio y diciembre con el aumento anual convencional del art. 50.
- Vacaciones.
- Prima especial de vacaciones acorde con el art. 49 convencional.

- Indemnización de los 45 minutos de descanso para alimentación.
- Indemnización de las dotaciones.
- Trabajo suplementario.
- Auxilio de Transporte.
- Indemnización por terminación del contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa.
- Indemnización moratoria.
- Reembolso de aportes a seguridad social.
- Reembolso de pólizas de cumplimiento.
- Reembolso y otras retenciones.
- Indemnización por daños materiales o morales.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen fls. 340 a 344. Se vinculó con el ISS mediante contrato de prestación de servicios el 30 de enero de 2007, en el cargo de conductor mecánico, sus actividades las desempeñó sin solución de continuidad hasta el 08 de enero de 2013. Sus funciones consistían en transportar al funcionario del área directiva designado por el ISS, revisar las condiciones mecánicas del vehículo, mantener el automotor limpio y aseado, conservar todas las herramientas y equipos de seguridad de carretera dentro del vehículo y tener actualizados los documentos legales de éste. La labor encomendada la efectuó personalmente, atendió las órdenes y el horario impuestos. Para la ejecución del contrato debió suscribir diferentes pólizas, asumir la totalidad de aportes a seguridad social, sus funciones también eran desempeñadas por el personal de planta del ISS. La relación laboral terminó en razón de la inestabilidad del cargo como consecuencia de la liquidación de la entidad, por lo que fue obligado a firmar acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en la forma y términos del escrito visible de fls. 403 a 427.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.

- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, la relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de la convención colectiva de trabajo, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y el Instituto de los Seguros Sociales hoy liquidado y condenó a FUDUAGRARIA S.A como vocera del patrimonio autónomo de remanentes del I.S.S. a pagar al demandante los siguientes valores y conceptos:

- \$2.061.568 por nivelación salarial.
- \$3.997.530 por prima de servicios convencional.
- \$3.997.530 por prima de servicios legal.
- \$2.657.758 por compensación en dinero de las vacaciones.
- \$7.414.043 por auxilio de cesantías.
- \$1.472.668 por auxilio de transporte convencional.
- \$166.720 por reembolso de póliza de seguros.
- \$827.887 por reembolso por retención en la fuente.
- \$1.425.520 por reembolso en seguridad social en salud.

Ordenó el pago de todas las condenas de forma indexada, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costa a la demanda en cuantía de \$4.000.000.

Llegó a tal determinación luego de establecer la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el demandante y el INSTITUTO DE SEGUROS desde el 30 de enero de 2007 al 07 de enero de 2013, conclusión a la que llegó del análisis de las diferentes documentales y testimonios, con los que corroboró la prestación personal del servicio, la continua subordinación, dependencia y la remuneración como contraprestación. Respecto de los beneficios convencionales expresó que es pertinente aplicarlos dada la condición de trabajador oficial y el alcance de aplicación de la convención. Accedió a la nivelación salarial y pago de diferencias existentes entre lo cancelado como honorarios y el salario del cargo de conductor mecánico, al

constatar que las funciones del actor eran asimilables a las del cargo comparado. Declaró prescritos todos los emolumentos causados con anterioridad al 4 de abril de 2010, como quiera que el reclamo de los derechos laborales los hizo el 5 de abril de 2013, por lo que procedió al reconocimiento de las acreencias procedentes y pendientes de pago, como lo son la prima de servicios convencional, compensación de vacaciones, auxilio de cesantías (causadas por toda la vigencia de la vinculación), auxilio de transporte convencional, reembolso de pólizas, retención en la fuente y aportes en salud. Absolvió, del trabajo suplementario, prima de vacaciones convencional, indemnización de 45 minutos de descanso, alimentación, dotación, indemnización de daños materiales y morales porque el planteamiento fue genérico y no se demostró el perjuicio. Tampoco accedió a las indemnizaciones por despido injusto, moratoria del Dto. 797/49 y la sanción por no consignación de las cesantías, respecto de la última dijo que no estaba consagrada para un trabajador oficial, en cuanto a la moratoria indicó que el contrato había terminado (2013) después de que se liquidó a la entidad (2012) y no se demostró ningún despido. Todas las condenas ordenó pagarlas indexadas.

Recurso de apelación

La apoderada de la **demandada** interpone recurso de apelación para que se revoque la totalidad de la sentencia, ya que se acreditó que el demandante prestó sus servicios en virtud de varios contratos de prestación de servicios, los cuales se ejecutaron conforme la Ley 80, el actor nunca se afilió a un sindicato para que se impongan condenas por conceptos extralegales. Considera que no procede la condena por los aportes a seguridad social porque el demandante como contratista tenía la obligación de afiliarse y pagar sus aportes de manera completa. Solicita se revisen los testimonios quienes coincidieron en aseverar que la vinculación del actor lo fue mediante contrato de prestación de servicios.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa.

Parte demandada: No se pronunció.

CONSIDERACIONES

Previo a decidir los puntos de inconformidad presentados por la apoderada de Fiduagraria, debe indicar la Sala que conocerá igualmente en el grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos en los que fue condenado el ISS representado hoy por la Fiduciaria FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR del I.S.S. y no apelados¹.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 129 a 131, contentiva de la petición del 05 de abril de 2013 en la que solicita el pago de todos sus derechos laborales legales y extralegales, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Existencia del Contrato de Trabajo y extremos

Al proceso se aportaron copias de los contratos de prestación de servicios (fls. 3 a 22), en la dependencia – Departamento Nacional de Mantenimiento, seccional – Nivel Nacional, cuyo objeto consistía en que el actor se obliga con el ISS a realizar las siguientes actividades: conducir el vehículo asignado por el Seguro Social, asistir a las actividades educativas que programe el Instituto, colaborar con los entes de investigación y control, colaborar y propender por el cuidado de las propiedad del ISS, mantener en todo tiempo y lugar disposición de colaboración y apoyo al público en general, mantener el automotor limpio y aseado, rendir los informes que el ISS exija, mantener todas las herramientas y equipos de seguridad de carretera dentro del vehículo y demás elementos necesarios, tener actualizados los documentos legales del vehículo entre otras.

De conformidad con lo anotado se tiene que en principio la relación jurídica se limitó a varios contratos estatales de prestación de servicios. No obstante, por vía Jurisprudencial se ha decantado la posibilidad de dejar sin efecto la presunción legal del numeral 3 del art. 32 de la Ley 80 de 1993, siempre que el peticionante acredite la existencia de los tres elementos integrantes del contrato de trabajo.

También se aportó dos certificaciones expedidas por el ISS (fl 2 y 132) donde se enlista 14 diferentes contratos suscritos entre el 30 de enero de 2007 y el 30 de

¹ Véanse pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en providencia AL8353-2017 con radicación No. 78944 del 6 de diciembre de 2017 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

noviembre de 2012, y en las que se informa que el demandante está vinculado con la entidad mediante contrato de prestación de servicios en el Departamento Nacional de Mantenimiento. A folios 23 a 41 militan 19 pólizas de seguro de cumplimiento, comprobantes de retención en la fuente (fls. 197 a 201), pago de honorarios (fls 133 a 192), minutas de control (fls 212 a 226), planillas de control de vehículos oficiales (fls 227 a 292), facturas de venta de gasolina al cliente Instituto de los Seguros Sociales (fls 293 a 332) certificado de aportes a la EPS Compensar (fls 193 a 196) convención colectiva de trabajo (fls 42 a 123), Resolución 2800 de 1994 (fls 459 – 514) contentiva del manual de funciones y requisitos de los empleados del ISS, de allí se advierte que en el nivel operativo – área administrativa – artículo 64 se registra el cargo de conductor mecánico grados 09, 11, 12 y 13, Acuerdo 64 de 1994 que establece la planta global de personal del ISS y determina como trabajador oficial el cargo de conductor mecánico grados 09, 11, 12 y 13 (fl. 510) relación de la asignación básica del cargo de conductor mecánico grado 13c-8h (fls 564-565 y 569) relación de los contratos de prestación de servicios del actor donde constan los extremos de cada uno y la remuneración (fls 566 a 567).

También se cuenta con el **interrogatorio de parte rendido por el demandante**, quien aseveró haberse vinculado con el ISS a través de diferentes contratos de prestación de servicios los que suscribió de forma libre y voluntaria, se desvinculó de la entidad por su liquidación, el cargo era de conductor, él tenía que asumir el pago de su seguridad social, su disponibilidad era de 24 horas, su labor la supervisaba la división de Mantenimiento y Transporte del ISS, debía transportar al directivo que le fuera asignado, lo recogía por regla general a las 6 am en su domicilio y lo llevaba a la Vicepresidencia, todo el día permanecía activo en las instalaciones del ISS, el Instituto consignaba sus honorarios en su cuenta y luego le llegaba el desprendible de pago. Tenía 2 carros a cargo (por el pico y placa), además de transportar a los directivos brindaba apoyo en la mensajería local y administrativa, todos sus contratos fueron continuos, no contó con ningún descanso. En el 2013 consiguió otro trabajo dada la liquidación del ISS, siempre laboró en la ciudad de Bogotá y dependía del Departamento de Transporte.

El testigo **EDILBERTO BERNAL** conoce al actor desde el 2007 cuando llegó a trabajar al ISS, se desempeñó como conductor mecánico, dependía de presidencia, su vinculación lo fue mediante prestación de servicios, trabajó hasta marzo de 2013 (momento en que se liquidó el ISS), el demandante transportaba funcionarios directivos, debían estar pendiente de las órdenes y servicios asignados, para ausentarse del trabajo tenía que avisar o pedir permiso al jefe inmediato, las funciones de todos los conductores (de planta y por prestación de servicios) eran

las mismas. Adicional a movilizar al funcionario asignado, debían colaborar con la correspondencia, ir a los juzgados, Ministerios, llevar a los funcionarios al domicilio o al aeropuerto. Las ordenes eran impartidas por el jefe inmediato y se daban personalmente o por teléfono. A los conductores de planta se les pagaba horas extras y se les suministraba la dotación, sin embargo, los contratistas no contaban con ningún privilegio, todos los contratos fueron continuos y no contaron con ningún descanso.

El testigo **JAVIER DIAZ PARDO** (también conductor del ISS por contrato de prestación de servicios) conoce al demandante desde que llegó a trabajar al Instituto, dijo que sus funciones consistían en cuidar el vehículo, acatar las órdenes del jefe inmediato quien era el funcionario asignado para transportar y las del coordinador de transporte. El ISS era el que asignaba el carro para desempeñar las funciones, ellos contaban con un salón de conductores donde se encontraban esporádicamente, la actividad de transportar a los directivos era cotidiana y tenían que estar disponibles las 24 horas, el horario por regla general iniciaba a las 6am y terminaba 9 o 10pm, las actividades y disponibilidad se les indicaba con un día de antelación vía celular. En el ISS había conductores de planta que hacían las mismas funciones, ganaban más y se les suministraba la dotación, a ellos (los conductores vinculados por prestación de servicios) siempre les decían conductor mecánico 2 y esa expresión la utilizaban cuando se firmaban los contratos. Nunca descansaron entre un contrato y otro, la prestación del servicio siempre fue personal, continua y se les exigía una buena presentación personal.

Valoración del Material Probatorio

Para la Sala, la ejecución de las funciones para las que fue contratado POVEDA RIAÑO fueron desarrolladas en observancia de las órdenes, instrucciones y cumplimiento de horario exigidos por el jefe inmediato, los contratos de prestación de servicios evidencian que el demandante estaba obligado a responder económicamente ante un eventual incumplimiento contractual, tenía que rendir informes y fue obligado a responder por el vehículo asignado, asearlo, mantener las herramientas y equipos de seguridad de carretera dentro de éste, tener actualizados los documentos legales del automotor y estar a disposición de los servicios requeridos por el Instituto de Seguros Sociales, situaciones de las que no se logra advertir autonomía alguna en la ejecución de las labores ni mucho menos debilita la presunción consagrada en el artículo 20² del Decreto 2127 de 1945.

² “El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”

Los documentos y testimonios aportados al plenario revelan que el trabajador estaba sometido a las instrucciones y mandatos que impartía el Instituto, se llevaba una minuta de control de los vehículos que dan cuenta de las entradas y salidas del actor y de la entrega del puesto de trabajo en el parqueadero del Seguro Social, los contratos de prestación de servicios y las pólizas de seguro solo pretendieron simular un nexo jurídico diferente al vínculo de naturaleza laboral, realidad probatoria que conlleva a deducir inexorablemente que entre las partes se dio un verdadero contrato de trabajo regulado en el artículo 2³ del Decreto 2127 de 1945 y pese a que tal presunción es desvirtuable⁴, no obran elementos de convicción que indiquen que la relación de trabajo sostenida entre el accionante y el ISS obedeciera a otro tipo de contratación diferente a la laboral.

En cuanto a los extremos y continuidad del contrato de trabajo, es de advertir que el vínculo entre las partes se dio desde el **30 de enero de 2007 y el 07 de enero de 2013** conforme los extremos tomados de las certificaciones que limitan a folios 2, 132, 566 y 567, y si bien aparecen 5 interrupciones entre la finalización de los contratos finiquitados los días 30 de marzo de 2007, 14 de noviembre de 2008, 28 de febrero de 2009, 30 de junio y 30 de noviembre de 2012, la interrupción más alta obedece a solo 3 días, término ínfimo que no afecta la continuidad del contrato (SL2736-2020⁵), aunado a que se demostró que las funciones fueron desarrolladas

³ **Artículo 2º** En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y
- c) El salario como retribución del servicio.

⁴ De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia.

Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la providencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:

Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que si el demandante logra demostrar que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral. Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios.

Como surge de la sentencia arriba transcrita, la presunción que consagra el mencionado precepto se puede desvirtuar, por manera que si la plataforma probatoria, obrante en el proceso, demuestra que la relación que hubo entre los contendientes fue independiente o autónoma así habrá de declararse. (SL SL3140-2020).

⁵ **En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo**, resulta pertinente recordar que cuando **entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves**, como podrían ser aquellas **inferiores a un mes**, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente **se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral**, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

de forma continua y no se advirtió de las pruebas ningún tipo de ausencia, por lo que respecto a **estos ítems se confirma la sentencia apelada.**

Beneficios Convencionales

Fue aportada copia de la Convención Colectiva 2001-2004, suscrita el 31 de octubre de 2001 (fl. 117) entre Sintraseguridad Social y el I.S.S., a folios 51 a 128, donde se verifica el sello de constancia de depósito oportuno del 31 de octubre de 2001 (fl. 120); el artículo primero "Denominación de las partes" señala que la Convención es suscrita por EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y SINTRASEGURIDADSOCIAL y que este último actúa como sindicato mayoritario de conformidad con el artículo 357 del C.S.T." (fl. 52). A su vez el artículo tercero reza (fl. 52):

"ARTICULO 3. BENEFICIARIOS DE LA CONVENCIÓN:

Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de seguros sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de trabajadores de la Seguridad social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los artículos 37,38 y subsiguientes del decreto ley 2351 de 1965 C.S.T. para efectos de la aplicación de lo establecido en el presente artículo, el ISS le reconoce su representación mayoritaria (...)"

Conforme lo anterior, ante la ausencia de la firma de una nueva convención (Art. 479 Num. 2 del CST), y sin que obre prueba de que el actor haya renunciado expresamente a los beneficios convencionales, procede la tasación de las acreencias laborales según su contenido y cumplimiento de los requisitos exigidos para cada prestación, interpretación que está acorde con lo enseñado por la CSJ en SL 2736-2020⁶). Ahora bien, sobre la vigencia de la Convención, debe indicar la Sala que no

(...) esta Sala de la Corte ha expresado que **las interrupciones que no sean amplias, relevantes y de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual**, ella ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real (...) (CSJ SL. 15 feb, 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos períodos no hubo una prestación del servicio, sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos períodos.

⁶ Así las cosas, no pudo equivocarse el Tribunal al extender a la actora los beneficios de la citada convención suscrita por Sintraseguridadsocial y el ISS, pues, como se anotó en precedencia, la aludida organización sindical actuaba como sindicato mayoritario y por tal razón, conforme a lo previsto en el artículo 471 del CST (Mod. Decr. 2351 de 1965, art. 38), «las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma (empresa), sean o no sindicalizados». De tal manera que no puede la recurrente pretender negar los derechos convencionales de la actora bajo el supuesto de no aportar la cuota sindical por beneficio convencional, cuando se le tenía como contratista independiente y no como trabajadora subordinada (ver sentencia del 15 de mayo de 2012, rad. 35954).

se allegó prueba por parte del ISS de que después del año 2004 y antes del año 2012 se haya denunciado, luego se entiende prorrogada de manera automática de conformidad con el artículo 478 del C.S.T⁷.

Prescripción

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 41522 del 14 de agosto de 2012, con ponencia del Magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, adoctrino que la prescripción de los derechos laborales se debe contabilizar desde que cada uno de ellos se hizo exigible. Sin embargo en sentencia 34393 del 24 de agosto de 2010⁸ con ponencia del Magistrado Luis Javier Osorio López se exceptuó lo relativo a las cesantías, que se hacen exigibles a partir de la terminación del vínculo laboral y respecto a las vacaciones la CSJ en la sentencia 39023 del 14 de agosto de 2013, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno⁹ que rememora la del 9 de marzo de 1994, Rad. 6354 aclara que

⁷ **ARTICULO 478. PRORROGA AUTOMÁTICA.** A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

⁸ En este punto conviene aclarar, como ya se advirtió, que el auxilio de cesantía que no fue consignado en la oportunidad prevista en la ley, esto es, antes del 15 de febrero del siguiente año, **no se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción en vigencia de la relación laboral**, así la ley disponga que su liquidación sea anual, habida consideración que para efectos de su prescripción debe contabilizarse el término desde el momento de la terminación del contrato de trabajo, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible tal prestación social, en los términos del artículo 249 del C. S. del T.

En efecto, el auxilio de cesantía es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es el de que el trabajador solo puede disponer libremente de su importe **cuando se termina el contrato de trabajo** que lo liga con su empleador. Pues durante la vigencia de su vínculo, no puede acceder al mismo sino en casos especiales que están regulados por la ley, en los cuales se ejerce una de las tantas tutelas jurídicas a favor del subordinado, que procura que sea correcta la destinación de los pagos que por anticipos parciales de cesantía recibe como parte del fruto de su trabajo, acorde con las preceptivas de los artículos 249, 254, 255 y 256 del C. S. del T., 102 ordinales 2 - 3 y 104 inciso último de la Ley 50 de 1990, y artículo 4° de la Ley 1064 de 2006.

En cambio, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin cortapisa alguna de dicha prestación, pues la obligación del empleador en ese momento es la de entregarla bien directamente a quien fue su servidor o a través de los fondos administradores según la teleología de la ley.

Se apunta lo anterior, por cuanto ese denominador común no varió con la expedición de la Ley 50 de 1990, que sustancialmente cambió la forma de liquidación del auxilio de cesantía; pues si antes se liquidaba bajo el sistema conocido como el de la retroactividad, ahora, desde la vigencia de dicha ley se liquida anualmente con unas características que en seguida se precisarán.

El artículo 99 de la citada Ley 50 de 1990, contiene seis (6) numerales, de los cuales importan al presente asunto los cuatro (4) primeros, que analizados integralmente y aún uno por uno, nos llevan a la conclusión de que la prescripción del auxilio de cesantía de la forma regulada por el precepto en comento, **empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo y no antes**.

⁹ Además de ello, esta Sala de la Corte ha sostenido que la compensación en dinero de las vacaciones, que es la que se amolda a las pretensiones de la demanda, se hace exigible desde la misma terminación del contrato de trabajo y, por lo mismo, desde allí comienza a contarse el término para la prescripción. En la sentencia del 9 de marzo de 1994, Rad. 6354, la Sala explicó al respecto:

“Sin embargo, no obstante esta conclusión sobre la suerte del cargo, ello no impide que la Corte haga una corrección doctrinal a la sentencia del ad quem, en el sentido de que según desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte, el derecho a las vacaciones presenta dos modalidades: 1- Como regla general, el descanso remunerado durante quince días hábiles consecutivos (artículo 186, ord. 1°, Código Sustantivo del Trabajo), el cual solo puede ser satisfecho en vigencia de la relación laboral; y 2.- Como excepción, la compensación en dinero a manera de sustitución de dicho descanso, modalidad esta que se da en dos casos:

se hacen exigibles vencido cada año de prestación de servicios, pero si no se disfrutaban, su compensación en dinero se hará exigible desde la terminación del contrato. La relación laboral culminó el 07 de enero de 2013, se elevó la reclamación administrativa el 5 de abril de 2013 (fls.129 a 131), la demanda fue presentada el 04 de abril de 2016 (fl 362) y se notificó dentro del término estipulado en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 94 del C.G.P., luego es claro que operó el fenómeno prescriptivo frente a las obligaciones laborales que se causaron antes **del 4 de abril de 2010** excepto las cesantías y la compensación de vacaciones, ya que estas se hicieron exigibles a la terminación del contrato.

Así las cosas, dado que además de la alzada promovida por las partes, se conoce el proceso en el grado jurisdiccional de consulta, se pasará al examen respecto de la viabilidad de las condenas impuestas por nivelación salarial, prima de servicios de orden convencional, prima de servicios de orden legal, compensación en dinero de vacaciones, auxilio de cesantías, auxilio de transporte convencional, reembolso de pólizas de seguro, reembolso por retención en la fuente y reembolso de aportes a seguridad social en salud.

Nivelación salarial

Para que proceda esta nivelación es necesario demostrar en juicio que entre el trabajador demandante y otro con su mismo cargo existen similares condiciones de eficiencia, rendimiento, igualdad o equivalencia de responsabilidades entre ellos, ya que esta pretensión corresponde a la aplicación del principio "a trabajo igual, salario

a- Durante la vigencia del contrato, cuando con autorización del Ministerio de Trabajo, se puede pagar al trabajador hasta la mitad de las vacaciones, "en casos especiales de perjuicio para la economía nacional o la industria"; y

b- Finalizado el contrato cuando el trabajador no hubiere disfrutado del descanso, caso éste en el cual dicha compensación "procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que esta exceda de seis (6) meses." (artículo 14 Decreto 2351 de 1965, subrogatorio del 189 del Código Sustantivo del Trabajo).

Ahora, de este último caso de compensación ha expresado la Corte que solo se hace exigible desde la fecha en que termina la relación contractual; mientras que el derecho al descanso se hace exigible dentro del año siguiente al de la prestación del servicio, según los términos del artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo.

De allí ha concluido y dicho de modo reiterativo esta Corporación que el cómputo del tiempo de la prescripción respecto de aquellas dos modalidades se inicia en momentos diferentes. Pues mientras la prescripción de las vacaciones como descanso se cuenta desde el día en que se cumple el año subsiguiente a aquel en que se causa el derecho a disfrutarlas, la de la compensación en dinero por terminación del contrato se cuenta desde la fecha en que esto último sucedió.

Luego si en el caso de autos el actor no disfrutó de sus vacaciones en tiempo y por efecto de la extinción del vínculo contractual adquirió el derecho a la compensación monetaria de aquellas, para determinar si este derecho prescribió o no ha debido iniciarse el cómputo respectivo desde la fecha de la terminación del contrato y no como lo hizo el Tribunal desde el año subsiguiente al de la causación de las vacaciones, por cuyo desatino declaró prescritas las causadas del 1° de marzo de 1979 al 28 de febrero de 1982.”

igual", por eso resulta oportuno citar la SL 4825-2020 del 25 de noviembre de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, en la que se precisa:

"Al respecto, debe acotar la Sala que en tratándose de nivelación salarial, fundada en haber ejercido igual cargo, pero con asignación remunerativa inferior, con fundamento en el artículo 143 del CST, que consagra el principio a trabajo igual salario igual, le corresponde en principio al promotor la carga de la prueba de acreditar la existencia de otra persona que desarrollara idéntico cargo con similares funciones, y equivalencia de jornada de trabajo, rendimiento y eficiencia, de donde se colija el trato diferenciado.

En punto del debate, esta Sala en sentencia en la CSJ SL14349-2017, que rememoró la CSJ SL1503-2016, dijo:

*Ahora bien, desde la perspectiva de lo jurídico, en atención a la vía escogida para el ataque, logra extraer la Sala que la censura se opone al precedente acogido por el juez colegiado, en **relación con la asignación de la carga de la prueba en cabeza del trabajador de los referentes de comparación en** cuanto a puesto de trabajo, jornada laboral y rendimiento, cuando se reclama la igualdad salarial con base en el artículo 143 del CST, (...)"*

El demandante informa que se desempeñó como conductor mecánico al servicio de ISS, y al proceso se aportó el cargo y el salario del conductor mecánico grado 13c-8h, no obstante las demás pruebas que integran el expediente tales como los testigos, el manual de funciones y requisitos de los empleados del ISS (Resolución 2800 de 1994) y el Acuerdo 64 de 1994 que prevé la planta global de personal del Instituto, dan cuenta de que en el nivel operativo área administrativa existen 4 grados diferentes (*conductor mecánico grados 09, 11, 12 y 13*) para el cargo con el que se pretende la nivelación, sin que alguno de estos grados fuera especificado por el actor, por lo que al no acreditarse de forma concreta con cual se esos grados pretende la nivelación ni con cuál de ellos fue que ejecutó las mismas funciones y sin que sea posible subsanar esa falencia probatoria con la simple manifestación de considerar que su cargo era equivalente a otro de planta, La Sala ha de **revocar esta condena**, pues correspondía al demandante demostrar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persigue en virtud del artículo 167 del C.G.P., y en ese orden en grado jurisdiccional de consulta se ha de reliquidar las condenas proferidas con los salarios certificados por el ISS liquidado y que militan a folios 566 y 567¹⁰, ya que los cálculos del A quo fueron realizados conforme lo devengado por el conductor mecánico grado 13c-8h.

¹⁰ Fecha Inicio	Fecha Inicial	Salario	Folio
30/01/2007	30/03/2007	\$ 1.000.000	566
02/04/2007	17/12/2007	\$ 1.000.000	566
18/12/2007	31/03/2008	\$ 1.000.000	566
01/10/2008	14/11/2008	\$ 1.000.000	566
18/11/2008	28/02/2009	\$ 1.000.000	566

Prima de servicios Convencional

La prima de servicios convencional está regulada en el artículo 50 de la CCT¹¹. Allí se establece el derecho a dos primas de servicio al año, equivalente cada una a 15 días de salario, pagaderas en los primeros 15 días del mes de junio y el 15 de diciembre respectivamente. Su pago proporcional quedó condicionado a que el trabajador hubiere prestado sus servicios al menos durante la mitad del semestre respectivo; así las cosas, al liquidarla con los factores señalados en el parágrafo 1º de la norma, percibidos dentro de los 6 meses inmediatamente anteriores a junio y a diciembre¹² y teniendo en cuenta que se encuentran prescritas las causadas con anterioridad al 04 de abril de 2010, y que la prima proporcional a ese primer semestre no se puede computar porque la mitad del semestre también se afectó con la prescripción, al calcular la prestación con los salarios que militan a folios 566 y 567 más el auxilio de transporte certificado por el PARISS a folio 569 y que asciende a la suma de \$44.313, se obtiene un total de **\$ 3.325.148** ¹³, suma inferior a la

02/03/2009	31/05/2009	\$ 1.076.700	566
01/06/2009	15/10/2009	\$ 1.229.359	566
16/10/2009	30/06/2010	\$ 1.229.359	566
01/07/2010	30/11/2010	\$ 1.253.946	567
01/12/2010	31/03/2011	\$ 1.253.946	567
01/04/2011	31/10/2011	\$ 1.293.696	567
01/11/2011	30/06/2012	\$ 1.293.696	567
03/07/2012	30/11/2012	\$ 1.293.696	567
03/12/2012	07/01/2013	\$ 1.293.696	567

¹¹ “**ARTICULO 50. PRIMA DE SERVICIOS.** En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: Quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de Junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre.
PARÁGRAFO 1º. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores:
El salario básico mensual que devengue el trabajador en el cargo que desempeñe en 30 de mayo y 30 de noviembre.
El promedio de lo percibido en los seis(6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.
PARÁGRAFO 2º. Tendrán derecho a la prima de servicios los Trabajadores oficiales que hayan **laborado durante todo el semestre** o a una suma **proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre** y no hubieren sido despedidos por justa causa.
PARÁGRAFO 3º. Los primeros treinta (30) días de licencia voluntaria no interrumpirán el tiempo laborado para el reconocimiento de las primas de servicio.”

¹² “PARÁGRAFO 1º. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores: El salario básico mensual que devengue el trabajador en el cargo que desempeñe en 30 de mayo y 30 de noviembre. El promedio de lo percibido en los... (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.”

¹³

PERIODO	SALARIO	SALARIO DIARIO	DÍAS	VALOR PRIMA
JULIO A DICEIMBRE DE 2010	\$ 1.298.259	\$ 43.275	15	\$ 649.130
ENERO A JUNIO DE 2011	\$ 1.338.009	\$ 44.600	15	\$ 669.005
JUNIO A DICIEMBRE DE 2011	\$ 1.338.009	\$ 44.600	15	\$ 669.005
ENERO A JUNIO DE 2012	\$ 1.338.009	\$ 44.600	15	\$ 669.005
JUNIO A DICIEMBRE DE 2012	\$ 1.338.009	\$ 44.600	15	\$ 669.005
TOTAL	\$ 3.325.148			

calculada por el A quo, por lo que se va a **modificar** esta condena en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada.

Prima de servicios legal

Como quiera que la misma se encuentra establecida únicamente para los empleados públicos y en tratándose de trabajadores oficiales como en el caso del demandante, aplica la convencional en caso que se haya pactado es que procede el pago de ésta última, sin que proceda la legal como lo indicó el A quo, por lo que sobre este punto se **absolverá** a la demandada.

Compensación de las vacaciones

Conforme lo expuesto por la CSJ en SL981-2019 del 20 de febrero de ese año, con ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para liquidar las vacaciones y determinar su prescripción, la Corte precisó lo siguiente:

"3.5 Vacaciones

Señala el artículo 48 del acuerdo colectivo:

El Instituto reconocerá y pagará a sus Trabajadores oficiales un descanso remunerado por cada año completo de labores teniendo en cuenta el tiempo de servicio así:

Quienes tengan hasta cinco (5) años de servicio se les reconocerá quince (15) días hábiles.

A quienes tengan más de cinco (5) y no más de diez (10) años de servicios, dieciocho (18) días hábiles.

A quienes tengan más de diez (10) años de servicios, veinte (20) días hábiles.

Además de lo anterior, para liquidar las vacaciones compensadas y delimitar su prescripción, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

(i) La demandante trabajó más de 10 años al servicio del Instituto, por lo que le corresponden 20 días por año de servicios y proporcional.

*(ii) Con arreglo al **artículo 45 del Decreto 1848 de 1969** «causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben **concederse** por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, **dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho**», premisa que indica que **luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas.***

(iii) A su turno, y **luego de transcurrido el año de gracia** con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, **el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas**, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas» (art. 46 D. 1848 de 1969), el cual es de 3 años (art. 10 D.L. 3135/1968).

De lo anterior **se puede deducir que el término trienal de prescripción de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes** (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador).

De otro lado, vale la pena aclarar que el término de prescripción de 4 años, contados a partir «de la fecha en que se haya causado el derecho» previsto en el artículo 23 del Decreto-Ley 1045 de 1978 no aplica a los trabajadores de estas empresas estatales, según el criterio expuesto por esta Sala en sentencia CSJ SL 5830, 12 nov. 1993, reiterada en CSJ SL 14234, 5 sep. 2000:

(...) "Es decir, que aunque en el título del aludido Decreto se dice que por él <se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional>, ha de entenderse, en los términos de los artículos 1º y 2º de aquel, que los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional a quienes van dirigidas las normas del Decreto, o sea sus destinatarios específicos, son los de <la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales>; ninguno otro."

A la luz de lo anterior, los periodos vacacionales de las vigencias 25 de mayo de 2008 a 25 de mayo de 2009, 26 de mayo de 2009 a 25 de mayo de 2010, 26 de mayo de 2010 a 25 de mayo de 2011 y 26 de mayo de 2011 a 5 de mayo de 2012 no están prescritos, como tampoco la proporción 26 de mayo de 2012 a 31 de marzo de 2013.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta un último salario de \$1.842.345, a la demandante se le adeudan \$5.895.504 a título de vacaciones compensadas". (negrita fuera de texto)

En ese orden se procede a liquidar la compensación en dinero de las vacaciones causadas del 30 de enero del 2009 al 29 de enero del 2010, 30 de enero del 2010 al 29 de enero del 2011, 30 de enero del 2011 al 29 de enero del 2012 y del 30 de enero del 2012 al 07 de enero del 2013, tomando como base salarial la última remuneración acreditada (\$1.293.696) y teniendo en cuenta 15 días hábiles por haber prestado servicios el demandante por menos de 5 años, por lo que se obtiene una suma a favor de actor por este concepto de **\$2.547.864¹⁴**, prestación que también se va a **modificar** en aplicación del grado jurisdiccional de consulta.

Auxilio de Cesantías

Dicha prestación resulta viable conforme lo establece la CCT porque le es más favorable,¹⁵ frente a la establecida en el artículo 40 del Decreto 1045 de 1978, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945. La prestación se hace exigible al momento de la terminación del vínculo¹⁶ y de conformidad con el inciso 3º del artículo 62 de la CCT, a partir del 31 de diciembre de 2002, este auxilio se liquida en forma anual teniendo en cuenta como factor salarial: la asignación básica mensual, la prima de vacaciones, la prima legal de servicio, la prima extralegal de servicios, las horas extras, los recargos nocturnos, los dominicales, los feriados, el auxilio de alimentación y transporte y los viáticos.¹⁷ Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes¹⁸, una suma de \$ 7.486.285, superior a la liquidada en primera instancia (\$7.414.043), pero como la parte actora no apeló este aspecto y se concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, no se puede aplicar la "*reformatio in pejus*" y por tanto se **confirma** la sentencia en cuanto a esta condena.

Periodo Inicial	Periodo Final	Salario mensual	Salario Diario	15 días
30/01/2009	29/01/2010	\$ 1.293.696	\$ 43.123	\$ 646.845
30/01/2010	29/01/2011	\$ 1.293.696	\$ 43.123	\$ 646.845
30/01/2011	29/01/2012	\$ 1.293.696	\$ 43.123	\$ 646.845
30/01/2012	07/01/2013	\$ 1.293.696	\$ 43.123	\$ 607.329
TOTAL		\$ 2.547.864		

¹⁵ Artículo 49 de la Ley 6ª de 1945: Las disposiciones legales, en cuanto sean más favorables a los intereses de los trabajadores, se aplicarán de preferencia a las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo, o de las decisiones arbitrales; a su turno, las cláusulas de éstas sustituyen de derecho las de los contratos individuales, anteriores o subsiguientes, en cuanto sean de mayor beneficio para los trabajadores.

¹⁶Cfr. Radicado 34393 de 24 de agosto de 2010, M.P.: Luis Javier Osorio López – Sala de Casación Laboral.

¹⁷ “PARÁGRAFO 1º. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores: El salario básico mensual que devengue el trabajador en el cargo que desempeñe en 30 de mayo y 30 de noviembre. El promedio de los percibido en los... (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.”

¹⁸

Periodo	Salario	Días laborados	Prima de servicios proporcional	Auxilio de Transporte	Salario base para calculo	Cesantías
2007	\$ 1.000.000	331			\$ 1.000.000	\$ 919.444
2008	\$ 1.000.000	360			\$ 1.000.000	\$ 1.000.000
2009	\$ 1.229.359	360			\$ 1.229.359	\$ 1.229.359
2010	\$ 1.259.946	360	\$ 108.188	\$ 44.313	\$ 1.412.447	\$ 1.412.447
2011	\$ 1.293.696	360	\$ 111.500	\$ 44.313	\$ 1.449.509	\$ 1.449.509
2012	\$ 1.293.696	360	\$ 111.500	\$ 44.313	\$ 1.449.509	\$ 1.449.509
2013	\$ 1.293.696	7		\$ 44.313	\$ 1.338.009	\$ 26.017
TOTALES						\$ 7.486.285

Auxilio de transporte

El artículo 53 de la Convención Colectiva prevé el pago de este auxilio para todos los trabajadores oficiales, y si bien allí se establecen unas condiciones para determinar su cálculo, en el asunto, conforme la certificación emitida por el PARISS que milita a folio 569, el pago del auxilio de transporte para los años 2007 a 2013 se determinó para el personal de planta en la suma de \$44.313, en ese orden está acreencia convencional procede por el periodo comprendido del 04 de abril de 2010 y el 07 de enero de 2013 en la suma de \$404.749, ítem que también se ha de **modificar**.

Devolución de retención en la fuente

La Sala **revocará** esta condena como quiera que tales rubros deben ser reclamados ante la DIAN y no ante el empleador pues así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 15097-2014, ya que tal pretensión obedece a un asunto de naturaleza tributaria ajeno a las competencias del juez del trabajo.

Devolución de pólizas

Se demostró el pago de unas pólizas por parte del actor sin que tales rubros deban ser asumidos por el demandante ante el vínculo laboral declarado, por lo que resulta procedente ordenar la devolución de tales dineros, para lo cual se tendrá como base las documentales obrantes a folios 23 a 41 las que acreditan un total por este concepto de \$492.680, sin embargo como los valores determinados por el A quo son inferiores esta condena se **confirma** en aras de no hacer más gravosa la situación del único apelante.

Aportes a la Seguridad Social en salud.

Solicita la parte actora el reembolso de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, el A quo solo dispuso el pago de los aportes comprendidos entre octubre de 2010 a diciembre de 2012 en salud y respecto a los aportes en pensión la parte actora no manifestó inconformidad alguna. Al respecto se dispondrá devolver las sumas correspondientes al valor que como empleador le correspondía efectuar a la demandada teniendo como base las certificaciones obrantes a folios 193 a 196. Esto porque el actor durante la vigencia del contrato efectuó la totalidad de las cotizaciones a salud, pero no en la proporción que le correspondía como trabajador, en ese orden se confirma este ítem.

Indexación de las condenas

Ante la falta de condena por indemnización moratoria la indexación ordenada por el A quo procede frente a cada una de las condenas impuestas ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por lo que se hace necesaria su actualización teniendo en cuenta el momento en que finalizó el contrato de trabajo, tomando como base el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **modificarse** la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR LOS LITERALES a), c) y h) del ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 11 de marzo de 2019, conforme los expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 11 de marzo de 2019, en cuanto a las cuantías y condenas, el cual quedará así:

"SEGUNDO: CONDENAR a FIDUAGRARIA SA en su exclusiva calidad de vocera del patrimonio autónomo de remanentes del Instituto de los Seguros Sociales, entidad liquidada a pagar al demandante las siguientes sumas y conceptos:

b) \$3.325.148 por prima de servicios convencional.

d) \$2.547.864 por compensación en dinero de las vacaciones.

f) \$404.749 por auxilio de transporte convencional.

TERCERO. - en lo demás se confirma la sentencia apelada y consultada.

CUARTO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho

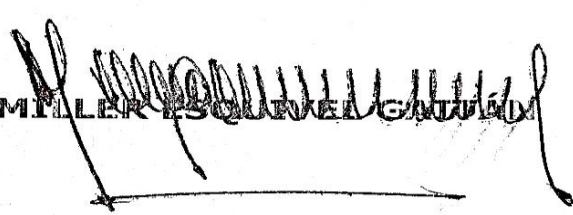
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROSALBA GOMÉZ PAÉZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. Rad. 2016 00403 01 Juz 17.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ROSALBA GOMÉZ PAÉZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl.4.

- Pensión de sobrevivientes.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Costas.

Los hechos se describen a fls 3 y 4. Contrajo matrimonio con el causante URIUAS PACHÓN PAEZ el 19 de octubre de 2002 con quien convivió hasta la fecha de su muerte, esto es el 22 de noviembre de 2011. El 14 de noviembre de 2012 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes la cual fue negada en Resolución GNR 222870 del 31 de agosto de 2013, como quiera que se presentaron la cónyuge y la compañera permanente a reclamar la prestación con declaraciones extraproceso sobre la convivencia durante los últimos 5 años de vida del causante, contra esa decisión interpuso los recursos de Ley sin que la administración modificara su decisión (Resolución GNR 46579 del 19 de febrero de 2014), actuación con la que se agotó la reclamación administrativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, COLPENSIONES contestó en la forma y términos del escrito visible a fls. 30 a 33.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción y genérica.

En auto del 19 de julio de 2017 (fls 44 y 45) el juzgado dispuso la vinculación de los herederos indeterminados de MARÍA CLARA INÉS CASTAÑEDA MARTÍN para que intervinieran como sus sucesores procesales, quien debió ser llamada como tercera excluyente.

A través de curador Ad Litem los vinculados presentaron demanda de reconvención en los términos del escrito visible a fls 54 a 58.

- Pensión de sobrevivientes.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Costas.

Y como fundamento de la demanda adujo que los causantes (URIUAS PACHÓN PAEZ y MARÍA CLARA INÉS CASTAÑEDA MARTÍN) vivieron en unión libre durante 27 años, procrearon dos hijos, Andrés Felipe Pachón Castañeda para la época del fallecimiento de su progenitor adelantaba estudios en la Fundación Universitaria los Libertadores. Presentó recurso de reposición en subsidio de apelación contra la Resolución GNR 222870 del 31 de agosto de 2013 ante COLPENSIONES la cual negó la pensión de sobrevivientes.

COLPENSIONES contestó en la forma y términos del escrito visible a fls. 67 a 73.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptó la fecha de nacimiento de URIUAS PACHÓN PAEZ, su vinculación al ISS y la fecha del deceso, la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por MARÍA CLARA INÉS CASTAÑEDA y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización

moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y genérica.

En auto del 11 de septiembre de 2018 (fl 77) se tuvo por no contestada la intervención de los herederos de CASTAÑEDA MARTIN por parte de la demandante.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar que Rosalba Gómez Páez en su calidad de cónyuge supérstite, le asiste el derecho en forma vitalicia, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Urías Pachón Páez a partir del 22 de noviembre de 2011, en cuantía inicial de \$535.600, junto con los reajustes anuales y la mesada adicional de diciembre. Condenó a COLPENSIONES el retroactivo causado desde el 22 de noviembre de 2011 y que ascendía al 30 de abril de 2019 a la suma de \$64.651.00, autorizó a la demandada para que efectúe los descuentos para Salud, declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación, luego de verificar que fueron acreditados los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes previstos en el art. 12 de la Ley 797/03 a favor de la demandante. Frente a los herederos indeterminados de la señora María Clara Inés Castañeda, dijo que no se logró demostrar que le asistía ningún derecho, como quiera que no se probó la convivencia con el causante ni tampoco su calidad de beneficiaria. Absolvió a Colpensiones del pago de los intereses de mora deprecados, ya que ante la controversia entre las reclamantes de la prestación se debió acudir a la justicia ordinaria. Respecto a las excepciones de inexistencia del derecho y la de prescripción las declaro no probadas e indicó respecto a esta último que entre el momento en que se definió el derecho pensional y la fecha de la demanda no transcurrió el término trienal previsto en el art. 488 del CST y 151 del CPTSS.

Recurso de apelación

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revise el material probatorio y se descarte la posible convivencia simultánea que pudo haberse dado entre María Clara Inés Castañeda y el causante, el resto de ítems analizados en la sentencia solicitó fueran estudiados en consulta.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada: Solicitó ser absuelta de las pretensiones incoadas, como quiera que la negativa por parte de la entidad obedeció a una controversia existente entre la compañera permanente y la cónyuge del causante, por cuanto tal conflicto debe ser resuelto por el juez competente de acuerdo a lo establecido en el art. 6 de la Ley 1204/08.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de los herederos indeterminados y en los puntos en los que fue condenada Colpensiones y que no fueron apelados¹.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución GNR 222870 del 31 de agosto de 2013 (fls 11 y 12), donde COLPENSIONES negó la pensión de sobrevivientes a cada una de las reclamantes (ROSALBA GOMEZ PAEZ y MARÍA CLARA INÉS CASTAÑEDA MARTÍN), por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de Sobrevivientes

Precisa La Sala que el causante afiliado y no pensionado falleció el 22 de noviembre de 2011 (fl 10), por lo que las normas que gobiernan el reconocimiento pensional son los artículos 46² y 47³ de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

¹Lo anterior dado los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 34552 del 26 de noviembre de 2013 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón ratificada en la sentencia AL4088-2014 radicación No 60884 del 23 de junio de 2014 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

² ARTÍCULO 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: (...)"

³ Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. (...)"

Frente al requisito de convivencia, la CSJ-SL ha establecido por regla general que este es imprescindible para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, respecto a éste último, la jurisprudencia ha relevado su exigencia siempre y cuando la vocación de pareja con el ánimo de conformar una familia en los términos del artículo 42 constitucional subsista y que la separación obedezca a situaciones ajenas a la voluntad de la pareja sin que finalice definitivamente el vínculo (CSJ SL14237-2015, SL6519-2017). De otra parte, la CSJ-SL, ha determinado que la convivencia real y efectiva excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida (sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018). Respecto a la compañera permanente, se había establecido necesariamente la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, no obstante, la CSJ-SL, al analizar nuevamente el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, en sentencia SL 1730⁴ del 3 de junio del año en curso, reiterada en la SL3626-2020, modificó la anterior posición jurisprudencial, la cual acoge ésta Sala de Decisión, y adoctrinó que, para ser beneficiario de la pensión de

⁴ En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite **del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte,** se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional...

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, **se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.**

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

sobrevivientes, en condición de cónyuge, compañero o compañera permanente supérstite del afiliado fallecido, no era dable exigir ningún tiempo mínimo de convivencia, pues con la simple acreditación de tal calidad y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se acreditaba las condiciones de la norma.

Efectuadas estas precisiones y descendiendo al caso que ocupa la atención de La Sala, en el expediente se cuenta con las documentales consistentes en: registro de nacimiento de URIAS PACHON PAEZ (fl 8), registro civil de matrimonio de fecha 19 de octubre de 2002 entre ROSALBA GOMEZ PAEZ y URIAS PACHON PAEZ (fl 9) registro de defunción de PACHON PAEZ cuya fecha de deceso fue el 22 de noviembre de 2011 (fl 10), Resolución GNR 222870 del 31 de agosto de 2013 (fls 11 y 12) a través de la cual Colpensiones niega la pensión a ROSALBA GOMEZ y MARÍA CLARA INES CASTAÑEDA por no ser posible determinar con claridad si entre el causante y las reclamantes existió convivencia simultánea y en caso de haber existido cual fue la porción de tiempo, Resolución GNR 46579 del 19 de febrero de 2014 la cual confirmó la decisión anterior, y preciso respecto al reclamante ANDRES FELIPE PACHON CASTAÑEDA (hijo mayor de edad) que no era dable acceder al reconocimiento de la pensión por no acreditar los respectivos certificados académicos.

También se cuenta con declaración extraproceso rendida por Herminda Sánchez Pachón (fl 20), Flor Marina Castiblanco de Bermúdez (fl 21), Eliecer Pachón Páez (fl 22) y Ana Milena Vásquez Puentes (fl 23), a quienes les consta el vínculo matrimonial entre Rosalba Gómez Páez y Urías Pachón Páez, que convivieron desde octubre de 2002 hasta la fecha del deceso de Pachón Páez (noviembre de 2011), ellos compartieron de forma permanente e ininterrumpida durante ese lapso techo, lecho y mesa, no tuvieron hijos, el causante no hacía vida marital con otra persona y Rosalba dependía de su cónyuge.

En su interrogatorio de parte **ROSALBA GOMEZ PAEZ**, indicó que contrajo matrimonio con URIAS PACHÓN en el año 2002, convivieron hasta el fallecimiento de su cónyuge, no tuvieron hijos y nunca se separaron, dijo que el causante estuvo casado por primera vez con Elina Hidalgo de Pachón con quien vivió hasta el fallecimiento de ella el 09 de septiembre de 1998, supo por comentarios que cuando estaba casado con su primera esposa inició una relación a escondidas con María Clara Inés Castañeda con quien procreó dos hijos extramatrimoniales y a quienes no conoció. No sabe si María Clara asistió al sepelio de su esposo porque para ese momento ella (la demandante) no pudo estar debido a una bronquitis que siempre

ha padecido lo que ocasionó que se aislara físicamente para esa época data para la cual estuvo bajo los cuidados de su hija. Afirmo que la última vez que se vio con su esposo fue el 01 de noviembre (única vez) y supo de él por Fanny Pachón hija de él. La enfermedad de URÍAS fue atendida en la casa en el barrio el Ferrol y en la clínica Lorencita Villegas donde estuvo acompañado por sus dos hijas (Fanny y Liliana).

La testigo **FLOR MARINA CASTIBLANCO** conoce a Rosalba Gómez hace 40 años, URÍAS PACHON era amigo de su papá y también fue su compadre, el causante (Urías) estuvo casado con Elina con quien procrearon 3 hijos y convivieron hasta el fallecimiento de ella. Dijo que para el año 1998 cuando falleció Elina ya sostenía una relación con Rosalba, sabe que Urías y Rosalba conformaron un hogar desde el año 2002. La testigo se reunía con la pareja en diciembre o para los cumpleaños de su hijo en la casa de ellos, no conoció ni supo nada de María Clara, sabe que Urías Pachón murió en la clínica y que Rosalba no asistió al sepelio porque estaba donde su hija porque le dio bronquitis.

La testigo **HERMINDA SÁNCHEZ PACHÓN**, dijo conocer a la demandante hace 50 años porque eran vecinas y distinguió a Urías porque su esposo Marco Antonio Páez es hermano del causante, sabe que el finado se casó con Elina Hidalgo con quien procreó tres hijos y luego de ella fallecer contrajo matrimonio con Rosalba con quien convivió durante 9 años, ellos vivían en el barrio el Ferrol, los visitaban en reuniones familiares porque eran muy unidos. Manifestó que Pachón falleció hace cuatro años a causa de una cirrosis, estuvo hospitalizado en la Clínica San José, pero no pudo verlo, supo que Rosalba no pudo asistir a las honras fúnebres porque estaba enferma de bronquitis, pero fue ella quien siempre lo atendió, manifestó no conocer a María Clara y afirmó que ellos (María Clara y Urías) nunca convivieron.

El testigo **ELIECER PACHÓN PÁEZ** (hermano del causante) conoce a la demandante (ROSALBA GÓMEZ) porque son primos en segundo grado y cuñados, sabe que su hermano estuvo casado con Elina por más de 20 años con quien tuvo tres hijos, asistió al matrimonio del causante con Rosalba en el año 2002 y los visitaba cada quince días para saludarlos y para el "des enguayabe". Dijo que su hermano estuvo enfermo por 2 meses, lo visito en dos ocasiones, pero él nunca coincidió con su esposa porque ella tenía bronquitis. Manifestó que Urías le presentó a María Clara como una amiga y la conoció antes de que Rosalba y Urías contrajeran nupcias, distingue a los hijos de María Clara (Andrés el menor y Cristian el mayor), expuso que la relación con ella era ocasional porque él siempre convivió con Elina y luego de su muerte se casó con Rosalba, e indicó que Urías y Clara no cohabitaron.

Del anterior recaudo probatorio colige La Sala que en efecto ROSALBA GOMEZ PAEZ y URIAS PACHON PAEZ convivieron como pareja desde el 19 de octubre de 2002 fecha en que contrajeron nupcias hasta el 1 de noviembre de 2011, data en que la actora no pudo seguir al lado del causante en virtud de una bronquitis que la hizo desplazarse donde una hija para que le ayudara con sus cuidados. Todos los testigos coincidieron en la descripción de la vida en pareja, cuanto duro la unión y las circunstancias del deceso de PACHÓN PAEZ, lo que permite concluir que entre la pareja conformada por ROSALBA GOMEZ PAEZ y URÍAS PACHÓN PÁEZ se configuró ese acompañamiento estable y apoyo mutuo por un lapso superior a los 5 años que exige la norma, circunstancia que no ocurre con MARÍA CLARA INÉS CASTAÑEDA MARIN, pues respecto a ella el material probatorio recaudado fue insuficiente para establecer el derecho pensional a su favor, como quiera que si bien se aduce por parte de Colpensiones la existencia de una relación afectiva entre ella y PACHÓN PÁEZ lo cierto es que en este juicio no se logró demostrar los términos en que se dio ese vínculo sentimental, de ahí que la decisión del juez resulta acertada y conforme a las pruebas recaudadas, por ende a la demandante le asiste derecho a que se le asigne la prestación en un 100% de la pensión reclamada.

Esta prestación procede a partir del 22 de noviembre de 2011 (fecha del deceso) y en cuantía de un salario mínimo, como quiera que no se allegó documental diferente a las Resolución GNR 222870 del 31 de agosto de 2013 (fls 11 y 12) y GNR 46579 del 19 de febrero de 2014 (fl 17 a 19) donde se cuantifica el número de semanas cotizadas (1056, de las cuales 154 corresponden a los últimos 3 años) pero no con el ingreso base, en ese orden, el monto mensual de la pensión deberá ascender al valor del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, en 14 mesadas y tiene que pagarse de forma indexada.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción, se tiene que PACHÓN PÁEZ falleció el 22 de noviembre de 2011, la demandante reclamó el 14 de junio de 2012, en resolución GNR 222870 del 31 de agosto de 2013 se negó la prestación (fl 11 y 12) decisión que se confirmó en Resolución 46579 del 19 de febrero de 2014 la que fue notifica el 10 de abril de ese año (fl 17) y la demanda fue radicada el 11 de agosto de 2016 (fl 1). En ese orden, entre la fecha en que fue definido el derecho pensional por parte de Colpensiones y la fecha en que acudió al proceso ordinario al no haber transcurrido más de 3 años, no existe ninguna mesada afectada por esta excepción.

Suficientes estas consideraciones para confirmar la decisión de instancia.

COSTAS. —Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de mayo de 2019, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

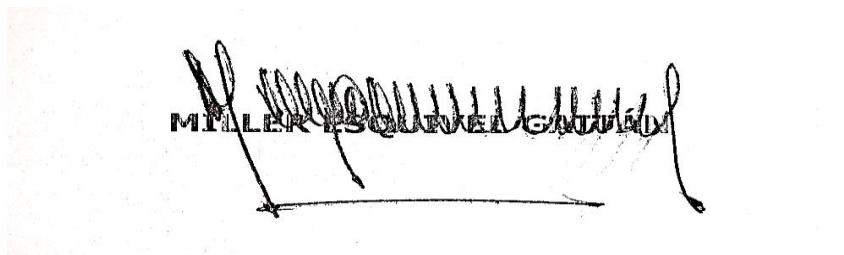
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAURICIO PUPO PÉREZ contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN. Rad. 2016 – 00537 02. Juz. 38.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

MAURICIO PUPO PÉREZ demando a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 3 y 4.

- Contrato de trabajo desde el 01 de agosto de 1994 y el 05 de diciembre de 2014.
- Salarios del año 2014.
- Prestaciones sociales por todo el tiempo laborado.
- Aportes a seguridad social.
- Indemnización moratoria.
- Sanción por no consignación de las cesantías a un fondo.
- Indemnización por despido injusto.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos se describen a fls. 1 a 3. Se vinculó con la Universidad mediante contrato de prestación de servicios, en el cargo de docente en el departamento de ciencias básicas, desde el 01 de agosto de 1994 y el 05 de diciembre de 2014, su salario fue de \$2.420.000, sus labores las desarrollo en el horario que impuso la demandada,

en el ejercicio de la labor utilizó los elementos de trabajo que suministraba la Universidad, el contrato lo dio por terminado el actor por causas atribuibles a la demandada ya que dejó de pagar 12 meses de salario en la última anualidad (2014), además también se le adeuda el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, aportes a salud y pensión, y se le adeudan las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST y artículo 99 de la ley 50/90.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad, la Fundación San Martín fue notificada por conducta concluyente (fl 84) y se le tuvo por no contestada la demanda en auto del 15 de noviembre de 2017 (fl 68).

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver de las pretensiones. Llegó a esa determinación al advertir que en efecto el actor demostró haberse vinculado con la Universidad durante los extremos demandados (1994 a 2014), a través de múltiples contratos de carácter civil de prestación de servicios entre el año 1994 a 1999, y desde 1999 a 2014, a través de contratos de trabajo por periodo académico, por lo que al no evidenciarse una única relación laboral regida por un único contrato tal como se adujo en la demanda sustento de las pretensiones, para el juez no era dable declarar probada la existencia de un solo contrato de trabajo, sin que tampoco le sea posible cambiar las condiciones de la demanda, pues de haberse pretendido la declaratoria varias relaciones contractuales laborales o la revisión de alguna de ellas así se hubiera planteado.

Recurso de apelación

La parte actora alega en síntesis que se debe revocar la decisión del A quo, la cual desprotege los derechos del trabajador, sacrifica el derecho sustancial y desconoce principios como el de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas, pues la argumentación de la decisión se edificó en fórmulas contractuales. El Juez desconoció las certificaciones expedidas por la demandada que dan cuenta de la vinculación entre las partes, cargo, extremos y labor. Considera que la Fundación Universitaria San Martín ha realizado diferentes maniobras para evadir sus responsabilidades como empleador, en el asunto se demostró la existencia de los elementos del contrato de trabajo, sin embargo, el A quo no evaluó los elementos

probatorios que se recaudaron en juicio. Adujo que el demandante desarrolló las mismas labores relacionadas con el objeto social de la Fundación Universitaria San Martín durante todos los años certificados, y se reúnen todos los elementos de juicio para reconocer al actor sus derechos laborales.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Indicó que el A quo se apartó de los principios constitucionales y jurisprudenciales para valorar la documental aportada, además de pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, al considerar que las interrupciones de los contratos suscritos no prueban la no existencia de la relación laboral pues se acreditaron los elementos necesarios para que se configure dicho vínculo contractual, razones por las cuales debe revocarse la decisión proferida.

Parte demandada: Guardó silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Se informa en la demanda que el actor se vinculó con la Universidad San Martín mediante contratos de prestación de servicios, para desempeñarse como docente y que esta labor la ejerció sin solución de continuidad desde el 01 de agosto de 1994 al 05 de diciembre de 2014.

Contrato de Trabajo

Como pruebas fueron aportadas al expediente diversas certificaciones expedidas por la Fundación Universitaria San Martín de fechas 21 de octubre de 1998, 10 de marzo de 1999, 18 de octubre de 2000, 13 y 14 de febrero de 2001, 07 de marzo de 2002, 09 de julio y 12 de noviembre de 2004, 02 de marzo, 08 de junio y 09 de diciembre de 2005, 09 de noviembre de 2006, 15 de febrero de 2007, 05 de marzo de 2009, 11 de febrero de 2010, 2 y 11 de septiembre de 2013, del 07 de febrero y 09 de abril de 2014 y 27 de julio de 2015, en las que se indica que el Dr. Pupo Pérez prestó sus servicios en la Institución mediante contratos por periodos académicos, en calidad de Asesor pedagógico en el Departamento de Ciencias Básicas, Medicina Oral y Cirugía de la facultad de odontología, desde el 01 de agosto de 1994 hasta el 05 de diciembre de 2014, (fls 10, 11, 12, 134, 138, 145, 169, 182, 188, 191, 194, 199,

202, 211, 216, 234, 235, 239, 240). También se cuenta con reporte de tutorías académicas (fls 13 y 14), proyecto pedagógico de aula (fls 15 a 19, 37 a 46), asignación de estudiantes para participar en la investigación de la asignatura a cargo del actor (segundo semestre de 2004), recomendaciones para el ejercicio de la labor (fl 32) asistencia a la segunda jornada de investigación de ciencias básicas, medicina oral, cirugía y preclínica (fl 33), colaboración en el segundo simposio de odontología integral (marzo de 2001 – fl 34), liquidación de nóminas de los años 2000 a 2014 (fls 104 a 107), acta de pago y paz y salvo de las prestaciones del primer periodo académico de 2004 (fl 187), comprobantes de nómina de mayo, junio y agosto de 2013 (fls 230 y 233) y en lo que respecta a las diferentes vinculaciones se cuenta con los siguientes contratos:

INICIO	FINAL	CARGO	FOLIOS	CONTRATO
17/01/1994	30/06/1994	ASESOR PEDAGOGICO	109-111	CPS
01/08/1994	31/12/1994	ASESOR PEDAGOGICO	113-115	CPS
10/01/1995	30/06/1995	ASESOR PEDAGOGICO	116-118	CPS
01/07/1995	31/12/1995	ASESOR PEDAGOGICO	120-121	CPS
01/02/1996	31/12/1996	ASESOR PEDAGOGICO	123-125	CPS
20/01/1997	31/12/1997	ASESOR PEDAGOGICO	127-129	CPS
13/01/1998	31/12/1998	ASESOR PEDAGOGICO	131-133	CPS
12/01/1999	31/07/1999	ASESOR PEDAGOGICO	136-137	CPS
01/08/1999	31/12/1999	ASESOR PEDAGOGICO	141-142	CPS
11/01/2000	30/07/2000	ASESOR PEDAGOGICO	139-140	CPS
01/08/2000	31/12/2000	ASESOR PEDAGOGICO	143-144	CPS
01/02/2001	30/07/2001	ASESOR PEDAGOGICO	146-151	CPS
01/07/2001	31/12/2001	ASESOR PEDAGOGICO	162-165	CPS
14/01/2002	30/07/2002	ASESOR PEDAGOGICO	155-160	CPS
01/08/2002	31/12/2002	ASESOR PEDAGOGICO	170-173	CPS
15/01/2003	30/06/2003	ASESOR PEDAGOGICO	174-177	CPS
16/02/2004	30/06/2004	DOCENTE	178-180	CT DOCENTE
26/07/2004	10/12/2004	DOCENTE	183-186	CT DOCENTE
24/01/2005	10/06/2005	DOCENTE	189-190	CT DOCENTE
18/07/2005	02/12/2005	DOCENTE	192-193	CT DOCENTE
23/01/2006	09/06/2006	DOCENTE	195-196	CT DOCENTE
18/06/2006	02/12/2006	DOCENTE	197-198	CT DOCENTE
22/01/2007	08/06/2007	DOCENTE	200-201	CT DOCENTE
16/07/2007	30/11/2007	DOCENTE	203-204	CT DOCENTE
21/01/2008	06/06/2008	DOCENTE	205-206	CT DOCENTE
21/07/2008	05/12/2008	DOCENTE	207-208	CT DOCENTE
19/01/2009	05/06/2009	DOCENTE	209-210	CT DOCENTE
21/07/2009	28/11/2009	DOCENTE	212-213	CT DOCENTE

18/01/2010	04/06/2010	DOCENTE	214-215	CT DOCENTE
21/07/2010	03/12/2010	DOCENTE	217-219	CT DOCENTE
17/01/2011	04/06/2011	DOCENTE	220-221	CT DOCENTE
18/07/2011	03/12/2011	DOCENTE	222-223	CT DOCENTE
23/01/2012	08/06/2012	DOCENTE	224-225	CT DOCENTE
23/07/2012	07/12/2012	DOCENTE	226-227	CT DOCENTE
21/01/2013	07/06/2013	DOCENTE	228-229	CT DOCENTE
22/07/2013	06/12/2013	DOCENTE	231-232	CT DOCENTE
20/01/2014	19/06/2014	DOCENTE	237-238	CT DOCENTE
21/07/2014	05/12/2014	DOCENTE	241-242	CT DOCENTE

De otra parte se cuenta con el testimonio de **JUAN ANTONIO CUERO CUERO** (Médico Cirujano, fue coordinador de la ciencia básica en la Universidad San Martin y también demandó a la Universidad por el pago de sus acreencias laborales), adujo que conoce al actor porque él fue su alumno en la facultad de odontología, el Doctor PUPO trabajó en la ciencia de anatomía e histología, no recuerda cuando empezó a trabajar para la Universidad ni cuando se desvinculó pero eso fue “un tiempo largo”, el demandante se desempeñó como docente, no sabe qué tipo de contrato tenía, cuanto era su salario o que acreencias le fueron canceladas, los elementos de trabajo los proporcionaba la Institución, las instrucciones para desarrollar la labor estaban relacionadas con la formación del odontólogo y las impartían la jefe del departamento Doctora Sandra Aguilera y el decano de la facultad, la labor se desempeñaba entre las 7 y las 11 am, la Fundación Universitaria San Martin estuvo abierta hasta que fue intervenida por el Ministerio de Educación pero no recuerda la fecha exacta.

De lo anterior se advierte que fueron acreditados todos los elementos para declarar la existencia de diferentes contratos de trabajo, pues todas las vinculaciones del actor con la demandada por lo menos hasta el 30 de junio de 2003 fueron disfrazadas con la suscripción de múltiples contratos de prestación de servicios (17 de enero de 1994 al 30 de junio de 2003), todos los contratos allegados al proceso son continuos y responden a cada periodo académico, por lo que La Sala colige que en este caso a la luz del artículo 101 del C.S.T., cada una de las vinculaciones se presumen como contratos de trabajo de docentes y por ende, esta presunción da lugar a que se declare que el demandante estuvo vinculado a la Universidad mediante múltiples contratos celebrados por la vigencia de cada período lectivo según la mayoría de los contratos allegados, declaración que concuerda con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en diferentes sentencias como la fechada el 23 de abril de 2001 con Radicación 15623 cuyo ponente fue el Dr. Francisco Escobar Henríquez¹ y la de fecha 17 de mayo de 2011

¹ “1) Conforme al artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar,

con Radicación 38182 con ponencia del Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz², en el entendido de que el año lectivo o período académico depende de cada institución, el cual no necesariamente se refiere a un año; jurisprudencia esta última en la cual también se señaló que el hecho de que estos contratos laborales se den uno a continuación de otro no significa que se prorroguen como sucede con un contrato a término fijo o se conviertan en un contrato indefinido³.

Ahora, en el asunto para el juez los contratos de prestación de servicios profesionales no pueden ser entendidos como de naturaleza laboral porque para la época en que fueron suscritos la Ley los autorizaba, en la demanda solo se adujo la existencia de una sola relación de trabajo, pero no de varias, y consideró que tampoco se cumplió con los presupuestos del art. 50 del CPTSS, razones por las que absolvió de las pretensiones. Conclusiones que considera La Sala que en efecto atenta contra el derecho sustancial del actor y van en contravía de lo ordenado por el artículo 53 de la Constitución Política, que prevé "la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" el cual impone al juzgador la obligación de apreciar los hechos probados y no las formalidades. Si bien el juez debe limitar el litigio al marco jurídico que establecen las partes, el estatuto procesal le permite acceder al reconocimiento de acreencias distintas a las pedidas, cuando los hechos que los originen fueron **discutidos y probados**, en el caso todas las pruebas antes relacionadas fueron decretadas tal como se constata de la audiencia celebrada el 05 de diciembre de 2018 (fls 243 y 244 – acta y cd) con lo cual se cumple con las exigencias del art. 50 del CPTSS, luego no se explica La Sala cual fue la barrera que encontró el juez para no fallar de fondo el asunto con los elementos probatorios que integran el expediente.

concepto que se ha entendido equivalente al de periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario.

² “Según el precitado artículo 101, la regla es la de que tales contratos se entienden celebrados por el año escolar ante el silencio de las partes contratantes sobre el término de duración de la relación. Ahora bien, por año escolar esta Sala, de antaño, ha entendido el "equivalente al periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año, sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario". (Rad. 15623 de 2001)”

³ “Si bien en la demanda se solicita la declaración de existencia de un solo contrato de trabajo desde el 4 de febrero de 2002 hasta el 11 de febrero de 2003, a término indefinido, en el proceso está demostrada la celebración de dos contratos de trabajo de profesora con establecimiento particular de enseñanza, por el periodo previsto en el artículo 101...
(...)”

De acuerdo con las citadas documentales, no hay duda para la Sala de que la demandante fue contratada como profesora por un establecimiento educativo de enseñanza, sin definir claramente la duración del vínculo, pues si bien en el contrato suscrito se hizo referencia a la vigencia del acuerdo, no se precisó claramente cuál fue el término de duración pactado pues allí se dijo que su vigencia era "por todo el tiempo que el profesor dicte en este plantel sus horas cátedras programadas... en debida forma y de conformidad con lo estipulado". Caso en el cual la duración del contrato está regulada en el artículo 101 del CST, sin que pueda entenderse, como lo hace la parte demandante, que las partes pactaron la duración a término indefinido, pues ese no es el entendimiento que se puede derivar de la cláusula en comento”

Aclarado lo anterior y a efectos de desentrañar el verdadero alcance de la demanda en contraste con los hechos planteados y probados en el proceso, La Sala se remite al valor probatorio que la Corte Suprema de Justicia ha impartido para las certificaciones expedidas por el empleador, indicando en Radicado No 69175 - SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO que:

"Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)."

Conforme lo anterior, en el caso las 19 certificaciones aportadas, junto con los demás documentales ya relacionadas y el testimonio del señor **CUERO CUERO** brindan la certeza necesaria para concluir que entre las partes existieron 38 contratos de trabajo por periodos académicos comprendidos entre el 17 de enero de 1994 al 05 de diciembre de 2014 y así se va a declarar en aplicación del principio de la primacía de la realidad.

Prestaciones Sociales

El juez decretó de oficio la carpeta contentiva de la historia laboral del actor y en este reposa la liquidación detallada de las nóminas comprendidas entre los años 2000 y el 2014, de su revisión se advierte que los años 1994 a 1999 no están contemplados, y en los años 2000 a 2003, 2013 y 2014 solamente se canceló el salario, por lo que, al no existir prueba del pago de las prestaciones sociales por estos ciclos, procede la condena por los siguientes conceptos y cuantías:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	SALARIO DE CADA CONTRATO	CESANTÍAS	INT. CESA	PRIMA
17/01/1994	30/06/1994	\$ 72.000	\$ 36.015	\$ 1.957	\$ 36.015
01/08/1994	31/12/1994	\$ 120.000	\$ 53.627	\$ 2.681	\$ 53.627
10/01/1995	30/06/1995	\$ 288.000	\$ 141.107	\$ 7.996	\$ 141.107
01/07/1995	31/12/1995	\$ 288.000	\$ 150.784	\$ 9.047	\$ 150.784
01/02/1996	31/12/1996	\$ 345.600	\$ 332.613	\$ 36.587	\$ 332.613
20/01/1997	31/12/1997	\$ 414.720	\$ 412.440	\$ 46.881	\$ 412.440
13/01/1998	31/12/1998	\$ 497.664	\$ 504.287	\$ 58.497	\$ 504.287
12/01/1999	31/07/1999	\$ 497.664	\$ 289.698	\$ 19.217	\$ 289.698
01/08/1999	31/12/1999	\$ 364.788	\$ 164.495	\$ 8.225	\$ 164.495
11/01/2000	30/07/2000	\$ 401.267	\$ 240.606	\$ 15.960	\$ 240.606
01/08/2000	31/12/2000	\$ 401.267	\$ 182.820	\$ 9.141	\$ 182.820
01/02/2001	30/07/2001	\$ 138.815	\$ 89.706	\$ 5.352	\$ 89.706
01/07/2001	31/12/2001	\$ 182.730	\$ 113.615	\$ 6.817	\$ 113.615
14/01/2002	30/07/2002	\$ 694.074	\$ 403.855	\$ 26.385	\$ 403.855

01/08/2002	31/12/2002	\$ 838.080	\$ 370.367	\$ 18.518	\$ 370.367
15/01/2003	30/06/2003	\$ 838.080	\$ 409.328	\$ 22.513	\$ 409.328
16/02/2004	30/06/2004	\$ 1.241.540	\$ 487.924	\$ 21.794	\$ 487.924
26/07/2004	10/12/2004	\$ 1.528.944	\$ 591.999	\$ 26.443	\$ 591.999
21/01/2013	07/06/2013	\$ 2.004.322	\$ 781.215	\$ 35.415	\$ 781.215
22/07/2013	06/12/2013	\$ 2.004.322	\$ 771.290	\$ 34.451	\$ 771.290
20/01/2014	19/06/2014	\$ 2.104.538	\$ 900.224	\$ 44.711	\$ 900.224
21/07/2014	05/12/2014	\$ 1.051.097	\$ 418.042	\$ 18.673	\$ 418.042

Total, cesantías: \$7.846.054

Total, intereses a las cesantías: \$477.261

Total, primas de servicios: \$7.846.054

Sanción por la no consignación de las cesantías

La sanción por no consignación de las cesantías en un fondo prevista en el artículo 99⁴ de la Ley 50 de 1990, procede por el incumplimiento del empleador por no consignarlas a más tardar el 15 de febrero de cada año y este corresponde al valor de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año anterior. Establecido la procedencia de esta sanción, advierte La Sala que dada la vinculación del actor como docente (vigencia por periodos académicos - artículo 101 del CST) tal situación impidió que surgiera la obligación del empleador de consignar tal auxilio a un fondo pues al haber fenecido todos sus contratos de trabajo antes del 15 de febrero de la siguiente anualidad surgió la obligación de pagar las cesantías directamente al trabajador y así lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en distintas decisiones, como en la sentencia del 1 de febrero de 2011 radicado 35603, en la que indicó: “*La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. (...) Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. (...)*”. Así las cosas, la pretensión deprecada no está llamada a prosperar.

⁴ 3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo

Salarios

Reclama el actor los salarios comprendidos por los meses de enero a noviembre y 5 días de diciembre de 2014. Del reporte de la liquidación de la nómina (fl 106) en efecto, se advierte que están pendientes de pago enero, julio y septiembre a diciembre de ese año, conforme a la última certificación expedida (fl 12) se tiene certeza que fueron laborados porque no se hizo alusión a interrupción alguna, situación que también se corrobora con el contrato de trabajo para docente de tiempo completo por periodo académico entre el 20 de enero al 19 de junio (fls 237-238) y el contrato de docente medio tiempo desde el 21 de julio y el 5 de diciembre de 2014 (fls 241- 242), en consecuencia procede el reconocimiento de los salarios por el mes de enero de \$701.512 (20 días), julio \$315.329 (9 días), septiembre \$1.051.097, octubre \$1.051.097, noviembre \$1.051.097 y diciembre \$175.182, para un total de salarios adeudados de \$3.745.314.

Aportes a seguridad social

En lo que respecta a los **aportes en salud** basta con rememorar la sentencia con radicado No 35554 del 8 de mayo de 2012, M.P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ, en la que se refirió que los aportes al sistema de seguridad social en salud, se tienen que realizar durante la relación laboral y no después, como quiera que el sistema requiere semanas de cotización y no su cuantía. Por ello no se impartirá ninguna condena por este concepto.

En lo atinente a los **aportes a pensión** solamente se tiene certeza del pago para los ciclos febrero a junio y agosto a diciembre de 2004 (fl 104) y febrero a mayo de 2012 (fl 107), por lo que ante la declaratoria de los diferentes contrato de trabajo y al no estar probada la afiliación del actor al sistema general de pensiones, en los demás ciclos que comprenden las relaciones laborales declaradas, La Sala condena a la demandada al pago del cálculo actuarial de todos los contratos declarados con el salario probado para cada vinculación excepto los periodos referidos (febrero a junio y agosto a diciembre de 2004, y febrero a mayo de 2012).

Indemnización por despido injusto

Respecto a esta indemnización la CSJ SL, ha sentado determinadas pautas para su reconocimiento, por lo que, en sentencia del 6 abril de 2001, rad. 13648, se precisó estos requisitos: "*(i) que sea el trabajador quien en un acto de voluntad manifieste su intención de dimitir la relación, (ii) que dentro de ese acto exponga con claridad*

la motivación que, ajustada a una o varias de las causales contempladas en el literal b) del artículo 7o del Decreto 2351 de 1965, lo llevó a tomar tal determinación y, (iii) cumplir con la carga probatoria impuesta demostrando efectivamente que el empleador incurrió en las conductas imputadas». Sin que se advierta en el asunto que el contrato terminó por decisión unilateral del demandante, pues si bien no se desconoce que en efecto existen pagos pendientes al actor en la última anualidad del finiquito contractual, lo cierto es que el demandante no cumplió con su deber probatorio pues no obra ninguna renuncia, en ese orden, se entiende que el vínculo laboral entre las partes feneció porque se llegó a la finalización del plazo pactado.

Indemnización moratoria

Finalmente en lo que respecta a la **indemnización moratoria**, es de indicar que si bien La Sala no desconoce los medios de salvamento impuestas por el Ministerio de Educación a la demandada, en el marco de la vigilancia especial a que se encuentra sometida de conformidad con la Ley 1740 de 2014⁵, esta circunstancia no la exime de sustraerse del pago de sus obligaciones como empleador, máxime cuando se advierte que todas las vinculaciones entre las partes se gobernaron mediante contratos de trabajo para docente, lo cual hace procedente la sanción moratoria por el no pago de salarios y prestaciones debidas al momento de la terminación de los contratos.

Ahora para imponer esta condena, ante los sendos contratos declarados por años consecutivos como quiera que la casuística de esta indemnización se asemeja a la sanción por la no consignación de las cesantías, en asunto se va a condenar a la Fundación Universidad San Martín al pago de un día de salario por cada día de retardo el cual se va a liquidar desde el momento de la insatisfacción de cada contrato hasta que se suscribió el siguiente, condena que asciende a la suma de \$44.502.593, hasta el 06 de diciembre de 2016 y de ahí en adelante se condenará el intereses moratorio de la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando el pago se verifique.

COSTAS. - Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de la demandada. Sin costas en la alzada.

⁵ Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá del 24 de mayo de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declarar que entre la Fundación Universitaria San Martín y el señor MAURICIO PUPO PEREZ identificado con cédula de ciudadanía N° 79.117.978 existieron diferentes contratos de trabajo para docente por periodo académico los cuales están descritos en la tabla donde se registró en el ítem contrato de trabajo.

TERCERO. - Condenar a la fundación Universitaria San Martín a reconocer y pagar a favor de MAURICIO PUPO PEREZ las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

- a) Cesantías: \$7.846.054
- b) Intereses a las cesantías: \$477.261
- c) Primas de servicios: \$7.846.054
- d) Salarios \$3.745.314.
- e) Cálculo actuarial por los períodos comprendidos en los diferentes contratos de trabajo para docente por período académico aquí declarados, excepto los comprendidos (febrero a junio y agosto a diciembre de 2004, y febrero a mayo de 2012). La consignación de estos aportes debe efectuarse en el fondo pensional donde se encuentre afiliado el demandante.
- f) Indemnización moratoria por la suma de \$44.502.593, a partir del 06 de diciembre de 2016 se debe cancelar el interés moratorio de la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando el pago se verifique.

CUARTO. - Absolver a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. - **COSTAS** Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de la demandada. Sin costas en la alzada.

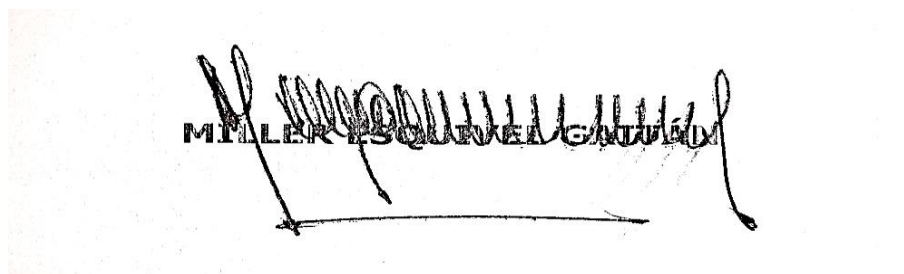
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS FABIO MEDIVELSO BARRERA
CONTRA ECOPETROL. Rad. 2018 00536 01 Juz 31.**

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiunos (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LUIS FABIO MENDIVIELSO BARRERA demandó a ECOPETROL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 4 a 6.

- Contrato de trabajo.
- Aplicación del régimen salarial previsto en el Acuerdo 01 de 1977.
- Reliquidación de la pensión con los gananciales del último año de servicios (salarios, permiso remunerado, prima de habitación, vacaciones en dinero, auxilio por los años de servicio, viáticos permanentes, beneficio en dinero del 4% y bonificación especial semestral).
- Indexación de la primera mesada pensional.
- Indemnización moratoria del art. 65 del CST.
- Costas.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 y 7. Solicitó la pensión en aplicación del Acuerdo 01 de 1977, la cual le fue reconocida en cuantía de \$492.192 a partir del 26 de noviembre de 1990. El 05 de diciembre de 2017 solicitó la reliquidación de la pensión con los rubros que tienen incidencia salarial y fueron dejados de calcular y la indexación de la primera mesada a la cual no se accedió.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 118 a 132.

- Se opuso a las pretensiones.
- Acepto el hecho del reconocimiento pensional, la reclamación de la reliquidación y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de causa e inexistencia de la obligación, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada de las pretensiones. Llegó a esa determinación al advertir que ECOPETROL posee un régimen pensional exceptuado, y cuenta con 2 regímenes pensionales distintos, uno reglamentado por la convención colectiva y otro por el Acuerdo 01/77. El actor demandó la aplicación del Acuerdo referido, el cual conforme al numeral 4.5 para reconocer la pensión de jubilación se remite al art. 260 del CST, adujo que al no contar con ningún documento para constatar cuales son los conceptos o factores que integran el salario se debe acudir al art 127 del CST, y con apoyo en esta norma al verificar los salarios certificados y calcular la prestación como lo dispone el art. 260 del CST (promedio de lo devengado en el último año) no encontró diferencias a favor del demandante. Absolvió de la indexación porque el último día laborado fue el 25 de noviembre de 1990 y la pensión le fue reconocida al día siguiente la cual se ha reajustado mensualmente conforme los IPC.

Recurso de Apelación

Adujo que la juez no tuvo en cuenta los numerales 4.1., 4.2., 4.3., 4.3.2., 4.3.3. y 4.11., del Acuerdo 01 de 1977, donde obran las prestaciones con plena incidencia salarial, tampoco valoró la certificación expedida por la demandada que determina los gananciales, y los que deben ser entendidos como devengados en el mes de noviembre y no diciembre, ya que Ecopetrol paga estos emolumentos mes vencidos. Insiste en que la liquidación de la mesada pensional no está liquidada conforme le corresponde al actor.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide se revoque a decisión de primera instancia, al considerar que el A quo paso por alto el material probatorio allegado que da convicción de lo pretendido. Además, que el juzgador no aplico la condición más beneficiosa para el trabajador, pues se limitó a estudiar lo manifestado por la demandada y no cuales eran las verdaderas condiciones del demandante. Finalmente, solicitó condenar en costas a la pasiva.

Parte demandada: Argumenta que se sostiene en la contestación de la demanda y en las pruebas aportadas, considera que no le asiste derecho al actor de lo incoado, puesto que la pensión ya reconocida se encuentra ajustada a derecho según el Acuerdo 01/77 y con el art 260 del C.S.T. Concluye que la demandada ya pagó y liquidó la prestación conforme a la normatividad aplicable por lo que no es dable las críticas y reparos que alude el actor.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión con los factores salariales que señala en la demanda.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la solicitud de fecha 4 de julio de 2018 (fl 39) en la que reclamó la reliquidación de la pensión, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de pensionado del demandante

Al actor le fue reconocida pensión de jubilación el 26 de noviembre de 1990 por haber laborado entre el 21 de diciembre de 1964 hasta el 30 de abril de 1977 y desde el 24 de marzo de 1980 al 25 de noviembre de 1990 (fl 33) para un total de

22 años, 11 meses y 13 días, en aplicación de los parámetros del Acuerdo 01 de 1977 (fl 32) norma que prevé en su numeral 4.5.1 que:

"4.5.1. La empresa reconocerá el derecho a la pensión de jubilación plena, equivalente a la establecida en el Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a cada empleado directivo que habiéndole prestado servicios por veinte (20) años o más, reúna setenta (70) puntos si es hombre, o sesenta y ocho (68) si es mujer, en un sistema en el que cada año completo de servicios equivale en un (01) punto y cada año cumplido de edad otro punto. Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa, teniendo en cuenta que aquel se ha acogido integralmente y sin limitación alguna al Acuerdo 01 de 1977.
(...)

4.5.5. La pensión de jubilación de que tratan los numerales 4.5.1 (...) se aumenta en una suma igual al dos y medio por ciento (2.5%) de su valor, por cada año de servicio prestado por encima de los veinte (20) años".

El Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, disponía para la época del reconocimiento pensional (año 1990) que: *"Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de **veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos**, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una **pensión mensual vitalicia de jubilación** o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio".*

Y en lo que respecta al promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, se aportó a folio 34 certificación de lo percibido por el actor entre el 26 de noviembre de 1989 y el 25 de noviembre de 1990, los cuales consisten en salario básico (\$4.882.360), trabajo en dominicales y/o festivos (\$110.986), bonificación especial (\$698.535), vacaciones en tiempo – 21 días (\$338.065), auxilio en dinero (\$445.800), 4% por cada año de servicio – en tiempo (\$44.580), prima de habitación (\$288.858), viáticos devengados (\$105.940), 4% por cada año de servicio – en dinero (\$410.532), se aclaró que el salario básico del actor para el año 1989 fue de \$351.000 y para el año 1990 de \$445.800, para un total de \$7.325.656, suma que al promediarse mensualmente asciende a \$610.471 por el 75% de tasa de remplazo se obtiene una primera mesada de \$457.853, valor que se incrementó en 7.5% conforme lo previsto en el numeral 4.5.5. del Acuerdo 01/77, que corresponde a los tres años adicionales laborados, para un total como primera mesada de **\$492.192**, reconocida a partir del **26 de noviembre de 1990**, en ese orden se constata que las actuaciones de la demandada se encuentran ajustadas a las normas que

gobiernan el reconocimiento pensional y los valores certificados para el último año de servicio.

Ahora, de esta certificación, se advierte que cada uno de los numerales (*4.1 - salarios, 4.2 – bonificación especial, 4.3 – plan de vacaciones, 4.3.2 – prima de vacaciones y 4.11 – prima de habitación*) del Acuerdo 01/77 recalcados en el recurso fueron tenidos en cuenta por la demandada para calcular la prestación. En cuanto a que los gananciales del mes de diciembre se deben considerar en la liquidación de la pensión porque la empresa los pagaba mes vencido y en ese orden corresponden a lo devengado en noviembre, debe advertir La Sala que este aspecto no fue probado en juicio y conforme el artículo 134 del CST el salario se cancela mes vencido, lo que significa que el pago se hace una vez finalizado el respectivo periodo, pero no al mes siguiente, valga aclarar que las partes cuentan con la libertad de negociar la periodicidad de la remuneración (diario, semanal, quincenal, mensual) pero en ningún caso este puede exceder del mes laborado, por esta razón las razones que invoca el apelante para tener en cuenta los pagos que reposan en el folio 36 posteriores a la fecha del reconocimiento pensional (26 de noviembre de 1990) no pueden ser tenidos en cuenta para reliquidar la pensión reconocida.

Bajo estas consideraciones se **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de abril de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

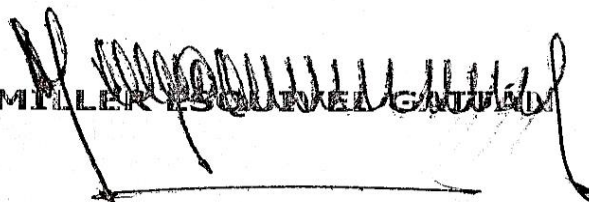
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ESPECIAL DE ACOSO LABORAL PROMOVIDO POR OMAR CONTRERAS SANCHÉZ CONTRA MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA
Rad. 2019 – 00641 Juz. 11.**

OMAR CONTRERAS SANCHÉZ demandó a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 1 (demanda) y 43 (subsanción).

- Se declaré que MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA a través de sus distintos jefes desplegó conductas de acoso.
- Se condene solidariamente a la empresa por permitirlo.
- Aplicación del régimen sancionatorio.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1, 2 (demanda), 44 y 45 (subsanción) y los expuestos en la reforma de la demanda que se realizó en audiencia del 28 de enero de 2021. Ingresó a laborar para la demandada desde el 28 de diciembre de 1984 en el cargo de ingeniero de petróleos en entrenamiento, desde abril de 2011 se desempeña como Gerente de Ingeniería sin que desde esa data le fueran asignadas funciones específicas pese a que en el curso de los años ha presentado diferentes acuerdos y propuestas para el aprovechamiento de la gerencia. Está afiliado a la organización sindical denominada Asociación de Trabajadores, Directivos, Profesionales y Técnicos de las Empresas de la Rama de Actividad Económica del Recurso Natural del Petróleo los Biocombustibles y sus derivados ADECO - SECCIONAL MAGDALENA, en el cargo de Secretario General. Adujo que le fue adelantada una investigación disciplinaria por la presunta inasistencia a laborar, por lo que el día 24 de julio de 2019 se le dio por terminado el contrato de trabajo

con justa causa, no obstante, alega que se faltó al debido proceso porque se omitió el trámite que prevé el art. 4 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues no fue llamado a descargos dentro de los dos días hábiles siguientes a la ocurrencia de la falta. Agregó que el 24 de julio de 2019 solicitó la investigación por acoso laboral a las 9:10 am y ese mismo día a las 4:00 pm le fue notificado su despido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en audiencia celebrada el 15 de enero de 2021, en el siguiente sentido;

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el contrato entre las partes, el cargo y que el demandante hace parte de la Junta Directiva del sindicato.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver de las pretensiones. Llegó a esa determinación luego de establecer que el demandante no logró demostrar que la empresa ejecutará conductas constitutivas de acoso laboral pues en concordancia con el art. 6 de la Ley 1010/06 la accionada no puede ser un sujeto activo de esta figura por cuanto es una persona jurídica. De otra parte, el Juez se abstuvo de pronunciarse sobre la declaratoria de ilegalidad del despido teniendo en cuenta que se encuentra en curso el proceso especial de fuero sindical- acción permiso para despedir, donde se discute la inaplicación de la cláusula convencional reprochada. Declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva toda vez que como lo ha expresado la SL CSJ las sociedades por si solas no podrán incurrir en actuaciones de acoso laboral y por las resultas del proceso se relevó del estudio de las demás.

El Recurso de Apelación

El demandante interpone recurso de apelación por cuanto considera que hay una valoración errónea de las pruebas, el empleador no podía dar por terminado el contrato con justa causa como quiera que se encuentra en curso el proceso de levantamiento de fuero sindical y una investigación por hechos constitutivos de acoso laboral. Insiste en que no se garantizó el debido proceso dentro de la diligencia

de descargos y que la empresa no dio cumplimiento a lo establecido en la Convención Colectiva por cuanto los hechos que dieron origen a la terminación de la relación laboral se encuentran prescritos. Se apartó de la excepción propuesta de oficio por el A quo, pues fueron los funcionarios de la compañía quienes desplegaron las acciones endilgadas, pero quien debe responder por tal proceder es Mansarovar Energy Colombia Ltda.

CONSIDERACIONES

No se controvierte en esta instancia que entre el demandante y Mansarovar Energy Colombia Ltda., existe un contrato de trabajo suscrito desde el 28 de diciembre de 1984 (fl. 101 vto.) el cual aún está vigente, en el que se desempeña como Gerente de Ingeniería y cuyo salario asciende a la suma de \$26.167.351 al año 2019 (fl 13). Por lo que procede la Sala a verificar si en el sub litem se configuran las conductas de acoso sobre las que versan el litigio.

Acoso laboral

Esta demanda se inició el 20 de septiembre de 2019 (fl. 41) con el fin de que se declare la existencia de hechos constitutivos de acoso laboral por parte de la empresa y la declaratoria de ilegalidad del despido (petición que se incorporó en audiencia al reformar la demanda) por lo que la compañía tomo la decisión de terminar el contrato el 24 de julio de 2019, en aplicación de una justa causa (fls.123 vto. y 124), prevista en el numeral 6 del literal A del art. 62 del CST, por incumplimiento grave al reglamento interno de trabajo, capítulo 9 art. 38 literal d, e, i, capítulo 43 numeral 1 y art. 45 numeral 4, la cual consiste básicamente en la falta al cumplimiento de las funciones dentro de la jornada laboral. La materialización del despido quedo supeditada a la sentencia que se profiera dentro del proceso especial de fuero sindical que se adelanta ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, acción de permiso para despedir, según demanda que reposa a folios 175 vto a 182, acción que una vez efectuada la consulta en el sistema¹ por parte de la Sala se advierte que su última actuación data del 25 de febrero 2020 donde se admitió la demanda.

Establecido lo anterior procede la Sala a constatar el material probatorio recaudado así: se cuenta con contrato de trabajo suscrito el 28 de diciembre de 1984, con la empresa Texas Petroleum Company (fls. 12 y 101 vto.) hoy Mansarovar Energy

¹

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=%2bL%2bs6jBm2wFT7SKNshpb2VJInNw%3d>

Colombia Ltda., certificación laboral suscrita por el Coordinador de Recursos Humanos en la que hace constar el cargo y el salario del actor (fl 13), citación a descargos dirigida al demandante y a la Asociación Sindical a la cual está afiliado (fls.14, 115 y vto.), respuesta a la citación de descargos (fls. 15 a 18 y 121 a 123), correos electrónicos en el que se pactaron reuniones y funciones relacionados con el cargo (fls. 20 a 25), Acuerdo de noviembre de 2015, en el que se activa la posición de la gerencia de ingeniería - cargo de Omar Contreras (fls. 26,27, 114 vto.) el cual fue suscrito por él, denuncia de acoso laboral presentada ante el Comité de Convivencia aportada por el demandante con una transcripción en la que se indica "David B, 9:40" (fl.28 y 29) misma denuncia que aporta la demandada con fecha de recibido del 26 de julio de 2019 (fls 110 vto. y 111), reglamento interno de trabajo (fls. 159 a 167), inscripción de la Organización Sindical al Ministerio de Trabajo (fl 31), constancia de registro y modificación de la Junta Directiva del Sindicato (fls. 32, 33 y 113 vto.), copia de la Convención Colectiva de Trabajo entre la demandada y "ADECO" (fls. 125 a 157), formato de perfil del cargo del actor (fl 101), copia del acta de instalación del Comité de Convivencia 2018-2020 (fls. 102 y 103) y su manual de funcionamiento (fls. 104 vto. 109), acta de reunión extraordinaria del Comité de Convivencia de fecha 26 de julio de 2019 (fls. 111 vto. Y 112). En los folios 112 vto. y 113 se enuncia una respuesta a una posible queja de la cual se advierte que no se puede acceder a su contenido, permiso sindical para los días 24 de julio al 2 de agosto de 2019 y su concesión (fl. 115 vto.), comunicado suscrito por el presidente de la Junta Directiva de "ADECO" y su respuesta (fl. 117 y 118), acta de descargos de fecha 24 de julio de 2019 que obra a folios 119 y 120, carta de terminación de contrato por justa causa (fls. 123 vto. y 124), registro de entradas y salidas del actor a las instalaciones de la demandada durante los meses de abril a junio de 2019 (fls. 160 a 171), correo electrónico del Vicepresidente Ejecutivo de Operaciones en el que se constata que no existen solicitudes de permisos verbales ni escritos por parte del demandante para los meses de abril a junio de 2019 (fl. 171 vto.) y acta de reunión del Comité de Convivencia de fecha 6 de agosto de esa anualidad (fl 173 y vto).

Se cuenta con **interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada**, en el que adujo que es un tercero quien remite los informes de entradas y salidas del personal de la compañía, que para el caso del demandante el área de recursos humanos recibió reporte trimestral de ingresos y egresos de los meses de abril a julio de 2019 respecto de la asistencia del actor a laborar, los que fueron conocidos por Mansarovar el 16 de julio del mismo año, manifestó no conocer la queja por acoso laboral presuntamente radicada el 24 de julio de 2019 recibida por "David B", como quiera que la que conoce tiene constancia de recibido de fecha 26 de julio

de esa anualidad y cuenta con sello de la empresa, dijo que está vigente la Convención Colectiva con el sindicato "ADECO" y que ella se cumple a cabalidad.

De otra parte, se tiene el **testimonio de Nelsy Layton** (novia del demandante), quien refirió que el actor no tiene asignadas funciones desde el año 2011 a pesar de que él ha solicitado en varias oportunidades a sus jefes la asignación de las mismas, insistió que Omar Contreras es un funcionario de confianza y manejo, por ello no debía preocuparse por el cumplimiento de un horario de trabajo. Le consta que el trabajador no ha faltado a sus labores y que al pertenecer también al sindicato conoce de las reuniones con Leonel Vargas, en las que se ha hablado de las funciones sin que se le hayan especificado cuales debe realizar.

El testigo **Rafael Montealegre**, conoce hace 30 años al actor, es el actual presidente de la Junta Directiva del sindicato "ADECO", dijo que el cargo que desempeña Omar Contreras es de confianza y manejo, sabe del proceso disciplinario que se le adelantó porque fue quien lo representó en la diligencia de descargos y considero que la sanción impuesta fue excesiva ya que la empresa incumplió con lo reglamentado en estos casos, al haberlo citado a descargos tiempo después de la comisión de los hechos. Sabe que el demandante no tiene asignadas funciones desde el traslado a Bogotá y que no tiene conocimiento de la comunicación del jefe directo en donde se le asignaron las tareas del cargo.

José Ricardo Tamayo (Coordinador de Asuntos Laborales de la demandada) conoce al trabajador porque es miembro del sindicato "ADECO" y porque ocupa el cargo de gerente. Constató que el 26 de julio de 2019 se recibió una queja por acoso laboral en la que se adelantó todo el proceso de investigación y se concluyó que no existían argumentos suficientes para que se configuraran las conductas denunciadas. Reitero que todos los funcionarios de Mansarovar deben acatar el horario de trabajo y que no existe ninguna disposición en la que se haya exonerado al actor de este cumplimiento. Preciso que le fue adelantado al demandante un proceso disciplinario por no presentarse a trabajar durante los meses de abril a junio de 2019, fue llamado a descargos el 17 de julio de ese año, porque cuando la empresa conoció los hechos (16 de julio) Omar Contreras estaba de vacaciones las cuales disfrutó desde el 16 de junio al 16 de julio, y luego contó con permisos sindicales, por esa razón la diligencia solo se realizó hasta el 24 de julio de ese año y la decisión que se tomó fue dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, previo trámite del proceso de levantamiento de fuero sindical que se adelanta actualmente.

Teniendo en cuenta los argumentos esbozados por el recurrente, se debe empezar por decir que a través de la Ley 1010 de 2006, se adoptaron medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. Es así como a través de dicha Ley, se pretende sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana, que se ejerce sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública, en consecuencia, se busca proteger las condiciones justas, dignas de los trabajadores en un ambiente laboral amable en la empresa. Según el artículo 2º de la referida Ley, se entiende por acoso laboral, toda conducta persistente y demostrable ejercida sobre **un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno**, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo, debiendo precisarse que al referirse la norma a un empleador, ella de ninguna manera puede ser trasladada a una persona jurídica, pues como es bien sabido, ésta no es una persona física o natural sino una institución que responde a una ficción legal, y en esa medida se debe entender que solamente las personas naturales son quienes pueden ejercer las conductas constitutivas de acoso.

De otro lado, el artículo 11 de la citada Ley establece las garantías de las que gozan las víctimas de acoso laboral cuando existen actitudes retaliatorias, normatividad que señala:

"ARTÍCULO 11. GARANTÍAS CONTRA ACTITUDES RETALIATORIAS. A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

2. La formulación de denuncia de acoso laboral en una dependencia estatal, podrá provocar el ejercicio del poder preferente a favor del Ministerio Público. En tal caso, la competencia disciplinaria contra el denunciante sólo podrá ser ejercida por dicho órgano de control mientras se decida la acción laboral en la que se discuta tal situación. Esta garantía no operará cuando el denunciado sea un funcionario de la Rama Judicial.

3. Las demás que le otorguen la Constitución, la ley y las convenciones colectivas de trabajo y los pactos colectivos.

Las anteriores garantías cobijarán también a quienes hayan servido como testigos en los procedimientos disciplinarios y administrativos de que trata la presente ley.

PARÁGRAFO. La garantía de que trata el numeral uno no regirá para los despidos autorizados por el Ministerio de la Protección Social conforme a las leyes, para las sanciones disciplinarias que imponga el Ministerio Público o las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores o Seccionales de la Judicatura, ni para las sanciones disciplinarias que se dicten como consecuencia de procesos iniciados antes de la denuncia o queja de acoso laboral”.

En el caso bajo estudio, como ya se precisó obran dos documentos relacionados con la denuncia de acoso laboral, de fechas 24 de julio de 2019 (fl 28) recibido por David B, respecto del cual en el proceso la parte interesada no se preocupó por especificar si quiera quien es, omisión que afecta su deber de cumplir con su carga probatoria, pues es lo mínimo que debe demostrar el actor, en cambio si se cuenta con queja de acoso recibido por la empresa el día 26 de ese mismo mes y año a las 9:51 am., esto es, dos días después de que se le comunicó la terminación del contrato (fls 123 y 124), documento al que La Sala le brinda validez al contar con fecha y sello de radicación ante la empresa, de lo que se colige que la presentación de esta queja obedece a la decisión del despido y lo que busca con la acción no es otra cosa que cobijarse con el amparo previsto en la norma anterior (art. 11 Ley 1010/06), no obstante este actuar lo que demuestra es un abuso de las acciones legales con las que cuenta el trabajador y prueba de ello es la orfandad probatoria, pues si en gracia de discusión fuere admisible tener por cierta la fecha en la que insiste radicó la denuncia de acoso, lo cierto es que de la lectura de tal documento, solo se advierten circunstancias que en nada tipifican las características que protege la ley, sin que sea válido entender que cualquier exigencia a las obligaciones, deberes y prohibiciones de un trabajador son constitutivas de acoso laboral, tal como lo prevé el art. 8 *ibídem*.

Ahora, de aceptarse la revisión de la queja, resalta La Sala que los argumentos relacionados con la no asignación de funciones desde el nombramiento como gerente de ingeniería (lo que ocurrió en abril de 2011 – hecho No 2 de la demanda) pese a que se reunió el 25 de noviembre de 2015 con el Director de Servicios y el Vicepresidente Ejecutivo de Operaciones en las que se definió las funciones a ejecutar en ese cargo y que nunca se cumplieron, contrario a lo aseverado por el actor, del correo que milita a folio 22, del 05 de abril de 2016 se observa que a fin de aprovechar la experiencia de Omar Contreras se acordó que él debería “*recibir y analizar mensualmente la información relacionada con las producciones diferidas de los campos y **generar un reporte con recomendaciones** específicas para mejorar el desempeño del indicador de cumplimiento del objetivo de producción*”), con lo que se concluye que el actor sí

tenía tareas asignadas y por ejecutar. También se acusa a la empresa de haberlo expropiado de sus funciones al cambiarle el centro de costo contable, con lo que entiende que para su empleador él solo está ejerciendo actividades sindicales, sin embargo al constatar las quejas con el material aportado, ninguna infunde miedo, intimida, genera terror o angustia, causa un perjuicio laboral, genera desmotivación en el trabajo, o induce a la renuncia, pues aunado a no haberse demostrado lo denunciado, lo que se concluye es que el actor por lo menos desde abril de 2011 se ha beneficiado de un pago salarial mensual para nada despreciable (\$26.000.000) sin que se le haya asignado ninguna actividad según él, de lo que se podría colegir un perjuicio para la empresa pero no para el demandante.

En este orden le asiste razón al A quo al haber absuelto de las pretensiones elevadas, pues en el asunto ni siquiera se probó la radicación de la acción en el término que establece la ley para que proceda el amparo, no se acreditó la existencia de los actos endilgados por el quejoso, ni mucho menos quien fue la persona que los ejerció, pues falta a la verdad el recurrente al aseverar que demandó a los distintos jefes, ya que de la demanda, su subsanación y de la reforma no se hace alusión alguna al respecto.

En lo que concierne a los hechos relacionados con el proceso disciplinario donde se tomó la decisión del despido y que conforme reforma de demanda se solicitó la declaratoria de ilegalidad de la terminación del vínculo contractual, La Sala advierte que el contrato aún está vigente, porque como se dijo anteriormente su finiquito depende de la decisión que se profiera en el proceso de levantamiento de fuero sindical – acción permiso para despedir, no obstante este asunto no es propio de este proceso especial y en consecuencia el actor deberá estarse a lo que se defina al respecto en el correspondiente proceso.

Suficientes resultan estas consideraciones para confirmar la decisión proferida en primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de la alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjese la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

DECISIÓN

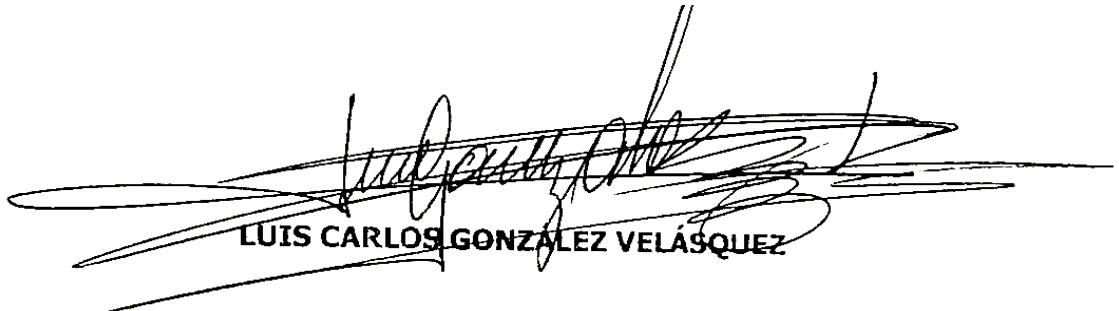
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de la alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjese la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

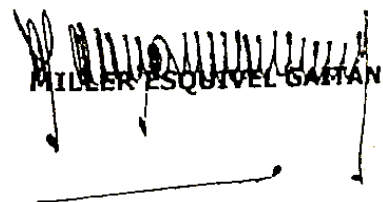
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN