



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JORGE ANDRÉS ZAPATA RICO** contra **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A.- SOMOS K S.A.**

EXP. 11001 31 05 022 2016 00142 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia absolutoria proferida el 14 de septiembre de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido y que terminó el 22 de mayo de 2014, por despido estando protegido por el fuero circunstancial y, en consecuencia, que se condene a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo o a otro igual o de superior categoría al que venía desempeñando al momento del despido; a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión teniendo en cuenta el salario real devengado incluyendo horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales y el bono de mera liberalidad; al pago de las indemnizaciones de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, junto con la indexación (f.º 29, 30, 40).

Sustentó sus pretensiones, en que fue contratado por la accionada el 25 de enero de 2012, para desempeñarse como conductor operador de bus articulado y percibió como salario básico \$1.373.000, más los recargos nocturnos, horas extras, festivos, dominicales y un bono de mera liberalidad equivalente este último a \$350.000, para un total aproximado de \$2.124.545 mensual; cumplió un horario que dependía de la programación que realizaba la demandada; y esta, se sustrajo de incluir los bonos de mera liberalidad para la liquidación de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, en la liquidación de sus prestaciones sociales; junto con otros operadores de bus articulado fundó el 18 de mayo de 2014, la Subdirectiva del Sindicato SNTT, pero el 22 de mayo siguiente, su contrato fue terminado de manera unilateral e injusta; sin que en la liquidación de prestaciones sociales se tuviera en cuenta el valor del bono de mera liberalidad (f.º 30-33).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez subsanado el escrito de demanda, fue finalmente admitida el 10 de agosto de 2016, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 42), quien contestó con oposición por no tener las pretensiones sustento fáctico ni jurídico, y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho por parte del demandante, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, y prescripción (f.º 92-94).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de septiembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes entre el 25 de enero de 2012 y el 24 de marzo del 2014, y probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de derecho por parte del demandante, cobro de lo no debido, y falta de título y causa, por lo que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a cargo del demandante.

Concluyó, que la bonificación por mera liberalidad no es constitutiva de salario por cuanto no se recibió como contraprestación directa del servicio, sino de forma ocasional y siempre que la empresa empleadora lograra alcanzar las metas e indicadores presentados. En cuanto al fuero circunstancial, indicó que no existe evidencia de que el demandante se encontrara afiliado al sindicato y, conforme las disposiciones del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, y reiterada jurisprudencia, con la presentación del pliego de peticiones la protección del fuero no se extiende a todos los trabajadores, sino únicamente a sus afiliados.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico en el presente caso, si a la terminación del vínculo laboral, el demandante se encontraba protegido del fuero circunstancial, y como consecuencia de ello, si es procedente o no, ordenar el reintegro. Además, se verificará si la liquidación de prestaciones sociales fue realizada teniendo en cuenta todos los factores constitutivos de salario.

En el presente asunto, existe certeza respecto de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, vigente entre el 25 de enero de 2012 y el 22 de mayo del año 2014, tiempo durante el cual el accionante se desempeñó como conductor de bus articulado.

En cuanto al salario devengado, se afirma en la demanda que actor que percibió un básico de \$1.373.000 más recargos por concepto de horas extras, festivos y dominicales, y el bono por mera liberalidad, afirmación que rechaza la empresa demandada bajo el argumento de que el bono de mera liberalidad fue acordado desde el contrato laboral como no constitutivo de salario, pues dependía directamente de la calidad en la prestación que la empresa Somos K S.A. brinda a Transmilenio S.A., es decir, su pago estaba sujeto a la labor grupal de los conductores y no retribuía de manera directa el servicio del demandante, y que además para la liquidación de prestaciones sociales se tuvieron en cuenta todos los rubros que tienen incidencia salarial.

A folio 103 del plenario, reposa el contrato laboral suscrito el 24 de enero de 2012, entre Jorge Andrés Zapata Rico y la empresa Somos K S.A., en el que se estableció un beneficio no prestacional de

\$308.000, que depende de metas relacionadas con el cumplimiento de metas establecidas por Transmilenio S.A. y el buen uso de la plataforma y carrocería del bus.

En el documento de liquidación del contrato de trabajo (f.º 116), se observa que la base tenida en cuenta para liquidar las prestaciones fue el salario promedio de \$1.551.999,86. Del certificado de aportes a seguridad social, se constata que la base de liquidación de los meses de febrero a mayo de 2014, varió en el rango comprendido entre \$1.209.000 y \$1.882.000 (f.º 117-118)

De los comprobantes de pago se evidencia que al actor se le cancelaban los recargos por horas extras, nocturnas, dominicales y festivos, así como el bono de mera liberalidad y excelencia, empero de allí no es posible verificar la periodicidad del pago de los bonos, toda vez que los comprobantes aportados no corresponden a mensualidades completas, sino a una u otra quincena de algunos meses (f.º 153-173).

La señora Viviana Andrea Hernández Jiménez, actualmente Coordinadora de Gestión Humana y Asistente de Gerencia de la empresa demandada en la época que interesa a la Sala, explicó durante su testimonio que el bono de mera liberalidad depende directamente del contrato que Somos K S.A. tiene con Transmilenio S.A., entidad que califica la prestación de los servicios y otorga a la mejor empresa contratista una bonificación que la demandada distribuye entre sus conductores en partes iguales, información que corroboró lo relatado por la representante legal de Sistemas Operativos Móviles S.A., en su interrogatorio de parte.

Aunado a ello, fue aportado al plenario el contrato suscrito entre Transmilenio S.A. y la accionada (f.º 174-180), en donde

efectivamente se estableció una evaluación semestral de indicadores relacionados con regularidad, puntualidad, accidentalidad, aseo en los buses, multas operacionales y fallas mecánicas, de la cual depende la asignación de algunos dineros al concesionario que obtenga el mayor puntaje.

Teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, es claro entonces que el mencionado bono de mera liberalidad no tiene incidencia laboral alguna, pues si bien enriquecía el patrimonio del actor, no lo percibió como una retribución directa de su trabajo, sino del desarrollo de una labor grupal que, como empresa desarrollaba la demandada en la que, por supuesto, participó el demandante.

De lo anterior, se concluye que la liquidación de prestaciones sociales que canceló la empresa accionada al empleador estuvo ajustada a derecho, en tanto fue realizada teniendo como base el salario promedio devengado incluyendo la indemnización por despido injustificado, pero sin tener en cuenta la bonificación por mera liberalidad por haber sido pactada como no constitutiva de salario y porque en todo caso, no se acreditó que hubiera sido retributiva de los servicios prestados por el demandante, pues es un reconocimiento que no está atado a la labor individual de los operadores de bus articulado, como lo fue el demandante, sino a la consecución por parte de quienes integran el área de operaciones de los objetivos y metas trazados por Transmilenio S.A., y que se relacionan con la adecuada prestación del servicio de transporte, sin que ello pueda considerarse como un acto discriminatorio,.

Ahora bien, en cuanto al despido, se alega que el señor Jorge Andrés Zapata Rico fue despedido a pesar de contar con el fuero circunstancial que otorga los artículos 25 del Decreto 2351 de 1965,

10.º del Decreto 1373 de 1966, y 36 del Decreto 1469 de 1978, a los trabajadores que presenten un pliego de peticiones ante su patrono.

Según la normativa en cita, dicha garantía inicia con la presentación del pliego de peticiones y culmina con la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, por lo tanto, durante ese tiempo no le es permitido al empleador despedir sin justa causa a sus trabajadores, dado que la norma busca que el patrono no utilice como retaliación al derecho de asociación, la discrecional facultad de dar por culminado sin justa causa el contrato de trabajo con el correspondiente pago de la indemnización, por lo que de hacerlo la consecuencia irremediable sería que dicho despido resulte ineficaz.

Por consiguiente, el trabajador que pretenda beneficiarse con esta prerrogativa debe demostrar: **i)** que presentó pliego de peticiones a su empleador y **ii)** que el despido se produjo sin justa causa dentro del término que comprende el fuero circunstancial, para que la demandada asuma la carga de probar el hecho contrario que extinga el derecho al fuero (CSJ SL12941-2017); empero, para que se dé el primer requisito resulta indispensable que el pliego de peticiones pueda surtir efectos jurídicos, es decir, que se pueda dar trámite al pliego de peticiones a través de la obligación por parte del empleador de negociar dicho pliego y así se surtan los efectos jurídicos de la protección foral aquí reclamados. Veamos:

Aun cuando no fue objeto de discusión la forma en que terminó el nexo contractual que existió entre las partes, y del pago efectuado a título de indemnización por despido sin justa causa, es importante señalar que la demandada aceptó la presentación de un pliego de peticiones por parte del Sindicato Nacional de Rama y Servicios del Transporte de Colombia – Subdirectiva SNTT Bogotá, el 20 de mayo

de 2014; sin embargo, no existe prueba que acredite que el demandante hubiera estado incluido como firmante dentro del mencionado pliego, pues en los documentos constitutivos del sindicato y en la lista de asistencia de asamblea no aparece consignado su nombre (f.º 181-188); aunado a que los testigos Gilberto Alonso Corredor y Jesús Vega Arizmendi, quienes fueron compañeros de trabajo del demandante, manifestaron que quienes formaron parte de la mencionada organización sindical fueron los hermanos y no él, lo que se constata con el contenido de los reseñados escritos.

Por tanto, para la época en la que se terminó el vínculo laboral (22 de mayo de 2014), el demandante no gozaba de la garantía alegada.

En tales condiciones, y de conformidad con lo expuesto, se impone la **confirmación** integral de la sentencia consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

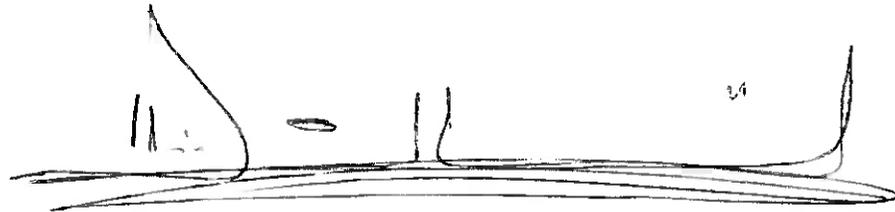
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida el 14 de septiembre de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'A' followed by a horizontal line.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing as a stylized 'M' followed by a horizontal line.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GUILLERMO MARTÍNEZ CORTÉS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 003 2019 00845 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulado por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 27 de julio de 2020, por el Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante que se corrija su historia laboral, se revoquen las resoluciones por las cuales Colpensiones le negó el derecho a acceder a la pensión de vejez, y en consecuencia, se le reconozca y pague la prestación junto con todas las mesadas atrasadas desde el 6 de noviembre de 2012, momento en que adquirió el derecho, con la debida indexación (f.º 7-8).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 5 de noviembre de 1952; cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1.º de abril de 1976, y en la actualidad, cuenta con 1.219,74 semanas; para el 25 de julio de 2005, contaba con 759,74 semanas cotizadas; desde el 15 de agosto de 2014, presentó sendas peticiones a Colpensiones solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez, las cuales fueron negadas en todas las oportunidades argumentando que no cumple con el requisito de tener cotizadas 750 semanas al 25 de julio de 2005, para tener derecho al régimen de transición; el 7 de diciembre de 2018, solicitó la corrección de la historia laboral, la cual fue negada (f.º 5-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de diciembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la entidad demandada (f.º 74), quien a través de apoderado, contestó con oposición, argumentando que la entidad actuó conforme lo dispone el artículo 37 del Decreto 3063 de 1989, toda vez que el empleador presentó novedad de retiro retroactivo, en consecuencia, el demandante no cumple los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición; y propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación al

reconocimiento de la pensión de vejez, inexistencia del derecho al reconocimiento de la indexación, buena fe, prescripción y la innominada (f.º 84-88).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de julio de 2020, condenó a demandada a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 1.º de agosto de 2014, junto con la mesada adicional y los reajustes a que tiene derecho, la indexación del retroactivo y las costas procesales, y declaró no probada la excepción de prescripción.

Estimó, que el demandante contaba con más de 40 años de edad el 1.º de abril de 1994, y a pesar de lo consignado en la historia laboral respecto de que al 25 de julio de 2005, reunía apenas 734 semanas, lo cierto es que según certificación aportada por el Departamento Administrativo Financiero de la Terminal de Bogotá, dicha historia laboral no incluye 6 meses y 9 días, que fueron efectivamente laborados por el demandante, lo que arroja un total de 756.88 y le permite al actor extender el beneficio de la transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

Sostuvo, que al acreditarse que el accionante logró sumar en toda su vida laboral un total de 1217,6 semanas de cotización al sistema y haber cotizado hasta el mes de julio del año 2014, resulta evidente que cumplió con los previstos en el Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de vejez, a partir del día siguiente de la última cotización, es decir, el 1.º de agosto de 2014.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, manifestó su inconformidad con la decisión de que la pensión sea pagada a partir del 1.º de agosto de 2014, por cuanto el status pensional se adquirió el 5 de noviembre de 2012, y la prestación no fue cancelada debido a causas imputables a Colpensiones, que al reducir el número de semanas cotizadas, llevó a que el demandante continuara trabajando.

La demandada, apeló con el fin de que se declare que la historia laboral se encuentra ajustada a lo efectivamente cotizado, por lo tanto, se declare que el actor no acredita los requisitos para ser beneficiario de la pensión reconocida en primera instancia, en razón a que Colpensiones no incurrió en ninguna omisión, y contrario a ello, actuó de conformidad a lo dispuesto en el Decreto 3063 de 1989, respecto de la desafiliación retroactiva, pues el empleador Edificio Terminal de Bogotá emitió una novedad de retiro retroactivo para el día 1.º de abril de 1993, por lo que la entidad estableció que el únicamente había cotizado en nombre del actor las 3,14 semanas que obran en la historia laboral. En consecuencia, el régimen de transición del que el demandante fue inicialmente beneficiario, no se le extendió por cuanto el demandante solo contaba con 734 semanas, insuficientes para completar las 750 semanas exigidas para ello.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, establecer si el actor cuenta con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en consecuencia, si tiene derecho a que se le otorgue la pensión de vejez con fundamento en

las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990; así como determinar la fecha a partir de la cual debe pagarse la prestación.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que **i)** el demandante nació el 5 de noviembre de 1952 (f.º 62); **ii)** al 1.º de abril de 1994, tenía 41 años cumplidos; **iii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1.º de abril de 1976 (f.º 51-55, 91-100); **iv)** solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a Colpensiones el 10 de marzo de 2014, 19 de octubre de 2017, 25 de enero de 2018 y 12 de diciembre de 2018, (cd del expediente administrativo), y que **v)** las peticiones y sus recursos fueron contestadas de manera negativa mediante Resoluciones GNR 287840 del 15 de agosto de 2014, VPB 49198 del 16 de junio de 2015, SUB 231567 del 19 de octubre de 2017, SUB 282285 del 7 de diciembre de 2017, SUB 41477 del 16 de febrero de 2018, SUB 75308 del 27 de marzo de 2019, SUB 148037 del 11 de junio de 2019 y DPE 5864 del 15 de julio de 2019 (f.º 16-50).

Según se ve, en principio el demandante era beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, a la entrada en vigencia de dicha norma, estaba afiliado al subsistema general de pensiones y tenía 41 de edad.

Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el párrafo 4.º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, para conservar dicha prerrogativa era necesario que para la fecha de entrada en vigencia de dicha norma, el demandante contara con al menos 750 semanas cotizadas al sistema. En las resoluciones de respuesta a las solicitudes de reconocimiento pensional, la demandada constantemente indicó «Que el asegurado solo acredita **734** semanas cotizadas NO acreditando el requisito de las 750 semanas al 25 de julio de 2005, y por ende no conserva el régimen de transición hasta el año 2014 [...]» (f.º 33

vto.), afirmación que se corrobora en la historia laboral adosada al expediente (f.º 51-55).

El demandante, sostiene que la administradora de pensiones no tuvo en cuenta la totalidad del periodo laborado en la empresa Terminal Bogotá Copropiedad, del 2 de marzo de 1993 al 1.º de septiembre del mismo año; tesis que acogió el *a quo*, por lo cual sumó 22,88 semanas, dándole con ello el derecho a acogerse al régimen de transición.

Y la demandada, argumenta que actuó acogiéndose a lo dispuesto en virtud del artículo 37 del Decreto 3063 de 1989, en lo que respecta al retiro retroactivo, toda vez que en el ciclo correspondiente al mes de septiembre de 1993, el empleador Terminal Bogotá Copropiedad presentó novedad de retiro del demandante como trabajador, efectivo a partir del 1.º de abril de ese mismo año.

La exigencia demostrativa del artículo 37 del Decreto 3063 de 1989, tiene como fundamento la acreditación a la entidad administradora de la real terminación del vínculo laboral por parte del empleador, por cuanto sin esta no es procedente la desafiliación retroactiva sino el ejercicio de la facultad de cobro de que trata la Ley 100 de 1993.

Pues bien, en el expediente administrativo aportado, consta ciertamente una anotación de retiro en el mes de abril de 1993.

No obstante, conviene resaltar que, de conformidad con la norma invocada por la demandada, para que proceda la desafiliación retroactiva el empleador deberá «[...] *demostrar a satisfacción del Instituto, la fecha de la respectiva desvinculación laboral. Se aceptarán como pruebas, entre otras, el escrito de la aceptación de la renuncia, la liquidación final de prestaciones*

o el recibo de pago definitivo de las mismas, o el título de su consignación», trámite del que no obra constancia en el expediente administrativo.

Todo lo contrario, dentro del CD contentivo del expediente administrativo reposa comunicación allegada por la Terminal Bogotá Copropiedad el 22 de septiembre de 2015, Rad. 2015_9019080, en el que solicita un reporte de los aportes realizados al señor Guillermo Martínez Cortés, indicando expresamente que laboró en dicha empresa entre el 2.º de marzo y el 1.º de septiembre de 1993, con el fin de tener claridad, acerca de si existe alguna deuda por cancelar.

No obstante lo anterior, Colpensiones persistió en rehusarse a realizar la corrección de la historia laboral, como se constata en la Resolución n.º SUB 148037 del 11 de junio de 2019 (f.º 42-45).

Así las cosas, en la decisión de desafiliación retroactiva no medió la verificación por parte de Colpensiones, de que efectivamente el vínculo laboral hubiese terminado y cuando la entidad tuvo noticia de que no fue así, no inició las actuaciones pertinentes para corregir la historia laboral el iniciar el trámite coactivo, como era su deber.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia «[...] las omisiones del empleador en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial» (SL14388-2015), se **confirmará** la decisión del *a quo* de tener en cuenta las 22,88 semanas que no obran en la historia laboral y fueron efectivamente laboradas en la empresa Terminal Bogotá Copropiedad, según constancia que reposa a folio 72.

Con lo anterior, se completarían 756,88 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, con lo que el demandante conserva el derecho al régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo tanto, le son aplicables las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 12 del referido Acuerdo, establece que podrán acceder a la pensión los hombres que tengan 60 años de edad y hayan completado 500 semanas en los últimos 20 años o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Pues bien, el señor Guillermo Martínez Cortés cumplió 60 años de edad el 5 de noviembre de 2012, fecha para la cual completó un total de 1.102 semanas, por lo que cumplía los requisitos establecidos por la norma para acceder a la prestación.

Ahora, los artículos 13 y 35 del mismo acuerdo establece que para disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación al régimen y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo. Bajo esos parámetros, no es viable ordenar el pago de la prestación desde el momento en que se causó el derecho, sino desde el 1.º de agosto de 2014, toda vez que el último periodo cotizado y la novedad final de retiro fue en julio de 2014.

Es que nada le restringía al demandante el hecho que continuara cotizando con posterioridad a las primeras 1000 semanas hasta alcanzar 1250 semanas o más, porque así lo autoriza el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, con el fin de lograr que a su pensión le fuera aplicada una tasa de reemplazo superior a la establecida para el mínimo de cotizaciones requeridas en cualquier tiempo. De aquí, igualmente se **confirma** lo decidido en cuanto a la forma de liquidar la prestación, al tenor de lo dispuesto en la norma en cita y el artículo

21 de la Ley 100 de 1993, así como el número de mesadas anuales teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, y la indexación del retroactivo a cancelar en la medida en que el afiliado no puede acarrear las consecuencias de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

No obstante, en cuanto a la excepción de prescripción, se declarará la prosperidad parcial de la misma, teniendo en cuenta que si bien hubo una petición del 10 de marzo de 2014, el demandante continuó efectuando cotizaciones hasta julio de dicho año; la solicitud posterior a la data de la última cotización y a partir de cuándo se puede entender satisfecho el deseo de desafiliación para entrar a recibir la prestación, fue presentada a Colpensiones el 19 de octubre de 2017, con la que se interrumpió la prescripción hasta la presentación de la demanda el 5.º de diciembre de 2019 (f.º 1), de manera que, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social, se declarará prescrito el periodo transcurrido entre el 1º de agosto y el 18 de octubre de 2014.

Por lo anterior, se **modificará** la decisión de impugnada únicamente respecto de la prescripción. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **primero** y **segundo** de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2020, en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas entre el 1.º de agosto y el 18 de octubre de 2014, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HENRY ALFONSO GARZÓN VARGAS** contra **EDIFICIO MULTIFAMILIARES LA VICTORIA - PROPIEDAD HORIZONTAL, NANCY BEATRÍZ GUZMÁN GARCÍA, VICTOR RAÚL RODRÍGUEZ MONROY, MARÍA STELLA SÁNCHEZ DE RODRÍGUEZ, ELSA GRACIELA LANCHEROS PEÑA, NESTOR JAVIER RINCÓN ROSAS, y GONZÁLO GUILLERMO GARAVITO SANTOS.**

EXP. 11001 31 05 018 2019 00080 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de agosto de 2020, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante que se declarara la existencia de un contrato de trabajo suscrito con los demandados, entre el 1.º de enero de 1998, y el 18 de agosto de 2018.

Consecuencialmente, que se condenara a los demandados al pago de las prestaciones sociales; dotaciones de calzado y vestido de labor, por el término trabajado; los aportes a salud y pensión; intereses moratorios, intereses a las cesantías; lo que resultare probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicitó que le fuera reconocida la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 *idem*.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 1.º de enero de 1998, suscribió un contrato de trabajo con el Edificio Multifamiliares La Victoria - Propiedad Horizontal, para desempeñar el oficio de portero; que ejecutó la labor de forma personal, cumplió un horario de trabajo, y atendió las instrucciones de su empleador; que el 20 de diciembre de 2014, el administrador del edificio, le comunicó de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, además de indicarle que había celebrado un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1.º de marzo de 2012; que suscribió un total de 6 contratos de prestación de servicios; que el 12 de abril de 2017, solicitó el pago de las prestaciones sociales correspondientes, y que la señora Nancy Guzmán García le manifestó que no era posible dicho reconocimiento, por cuanto el demandante siempre había celebrado contratos de prestación de servicios.

Señaló, que el día 18 de agosto de 2018, la demandada le informó de manera verbal que no prestaría más sus servicios, motivo por el cual los demandados debían reconocerle la indemnización por despido sin justa causa; que a la finalización del contrato de trabajo no le cancelaron la liquidación de prestaciones sociales, por lo que tenía derecho al reconocimiento de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; que durante la vigencia de la relación laboral los demandados no le reconocieron las prestaciones sociales ni efectuaron los pagos de aportes a la seguridad social en salud y pensiones; que el empleador actuó de mala fe, y que el día 13 de noviembre de 2018, se llevó a cabo diligencia de conciliación ante el Inspector de Trabajo RCC-18, sin que se llegase a un acuerdo con los demandados, dado que por las prestaciones y demás emolumentos salariales adeudados, le ofrecieron la suma \$8.000.0000.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de abril de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 53).

EDIFICIO MULTIFAMILIARES LA VICTORIA - PROPIEDAD HORIZONTAL, NANCY BEATRÍZ GUZMÁN GARCÍA, VICTOR RAÚL RODRÍGUEZ MONROY, STELLA SÁNCHEZ DE RODRÍGUEZ, NESTOR JAVIER RINCÓN ROSAS, y ELSA GRACIELA LANCHEROS PEÑA, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestaron, que no existió un contrato de trabajo entre el Edificio y el demandante, y que de las pruebas debidamente aportadas se desprende que el actor suscribió varios contratos de prestación de servicios, pero no un contrato de trabajo, así como que siempre obró de buena fe.

Aclararon, que ni el representante legal del edificio ni los demandados, en calidad de copropietarios están llamados a responder, como quiera que los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor se celebraron con la persona jurídica del edificio.

Propusieron las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena de del demandado e imposibilidad de cobro de la indemnización moratoria, inexistencia del contrato de trabajo, mala fe del demandante, y cobro de lo no debido (f.º 99 - 114).

GONZÁLO GARAVITO SILVA, y GONZÁLO GARAVITO GUILLERMO SANTOS, también se opusieron a la prosperidad de las pretensiones. Alegaron, que nunca han celebrado un contrato de trabajo con el actor, motivo por el cual no son los llamados a contestar la presente demanda, debido a que los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor se celebraron con la persona jurídica del edificio.

Indicaron, que el demandante obrando de mala fe, pretende convertir la prestación de servicios en una relación laboral, lo cual no es posible debido a que el objeto del contrato no lo permite.

Propusieron las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena de del demandado e imposibilidad de cobro de la indemnización moratoria, inexistencia del contrato de trabajo, mala fe del demandante, y cobro de lo no debido (f.º 159 - 177).

En audiencia de que trata el artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo de la Seguridad Social, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por los demandados; y en consecuencia, desvinculó del presente asunto a las

personas naturales Nancy Beatriz Guzmán García, Víctor Raúl Rodríguez Monroy, María Stella Sánchez De Rodríguez, Elsa Graciela Lancheros Peña, Nestor Javier Rincón Rosas, y Gonzalo Guillermo Garavito Santos (f.º 186).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 19 de agosto de 2020, declaró que entre el demandante y el Edificio Multifamiliares La Victoria - Propiedad Horizontal, en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1.º de enero de 1998 hasta el 18 de agosto de 2018, el cual término sin justa causa atribuible al empleador; condenó a la demandada al pago de los siguientes conceptos: \$1.030.519 por concepto de cesantías; 1.204.233 de primas de servicio; \$1.688.859 de vacaciones; \$21.295.430 de sanción por la no consignación de cesantías; \$10.989.470.80, de indemnización por despido sin justa causa, y \$24.590.57 diarios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 18 de agosto de 2018, y hasta por 24 meses, es decir, hasta el 17 de agosto de 2020, corriendo a partir del 18 de agosto de 2020, solamente intereses moratorios por el valor impago relacionado con las prestaciones sociales debidas; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, y absolvió a la demandada, de las demás pretensiones.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si entre el demandante y el Edificio Multifamiliares La Victoria - Propiedad Horizontal, existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1.º de enero de 1998 y el 18 de agosto de 2018; si el mismo término por causa imputable al empleador, y si le asistía o no al actor, el reconocimiento de las prestaciones sociales, de los aportes a la seguridad social e indemnizaciones que

correspondieran.

En lo que interesa a la alzada, esgrimió, que con el material arrimado al proceso logró probarse que entre el actor y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1.º de enero de 1998 y el 18 de agosto de 2018, por cuanto se acreditaron los tres elementos esenciales del mismo, e indicó que debía dársele credibilidad a lo expresado por la parte actora, como quiera que el representante legal de la demandada fue renuente al contestar las preguntas que se le formularon, para determinar la existencia de un vínculo contractual diferente a uno laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que no existían razones probatorias para demostrar la existencia del contrato realidad desde el 1.º de enero de 1998 al 18 de agosto de 2018.

Esgrimió, que hay documentos claros que demuestran que la relación laboral existente desde el 1.º de enero de 1998 hasta el 29 de febrero de 2012, está resuelta a través del documento paz y salvo que suscribieron las partes el día 12 de marzo de 2012, y que la relación laboral que inició el día 1.º de marzo de 2012, y finalizó el 30 de diciembre de 2014, también estaba resuelta.

Señaló, que el día 9 o 16 de enero de 2016, el demandante suscribió un documento en el cual manifiesta que da por terminado el contrato de prestación de servicios, existente entre el Edificio

Multifamiliares-La Victoria y él, y que el mismo no fue tenido en cuenta por el *a quo* para proferir su decisión.

Dijo, que no existen pruebas suficientes que demuestren que en la última relación que existió a través de un contrato de prestación de servicios, concurren los tres elementos del contrato de trabajo, pues no existió subordinación, lo que se desprende de los testimonios dados por la señora Nancy Beatriz Guzmán, la señora Elsa Lancheros, y el señor Raúl Rodríguez, los cuales en ningún momento reconocieron que el actor cumpliera un horario de trabajo, pues lo que realmente sucedió, es que el actor podía cumplir con su actividad dentro del horario de las 8:00 a.m. a 6:00 p.m. a su sentir.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar, si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido entre el entre el 1.º de enero de 1998 y el 18 de agosto de 2018, y si tiene derecho o no a las condenas impuestas.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o

dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibidem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

En el presente caso, se tiene que el día 1.º de enero de 1998, entre el actor y el Edificio Multifamiliares La Victoria - Propiedad Horizontal, se celebró un contrato de trabajo para que el actor, desempeñara el oficio de portero en las instalaciones del edificio, por cuanto así fue admitido por la parte demandada. Igualmente a f.º 14 obra una carta de terminación del contrato de trabajo, de 20 de diciembre de 2014, en donde la demandada indica que había decidido finalizar el contrato de trabajo a término indefinido celebrado con el actor, el cual estuvo vigente desde el 1.º de marzo de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014.

De f.º 5 a f.º 21, obran los 4 contratos de prestación de servicios suscritos entre el actor y la demandada, celebrados con posterioridad a la finalización del contrato a término indefinido referido; el primero de ellos, data del 13 de enero de 2015, y el último, del 18 de enero de 2018. El objeto contractual pactado en dichos contratos fue el siguiente: *“El CONTRATISTA, en su calidad de trabajador independiente, se obliga para con el CONTRATANTE a ejecutar los trabajos y demás actividades propias del servicio contratado, el cual debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento: que consistirá en abrir puertas peatonales y vehiculares, encender y apagar las luces, recoger los cubos de basura*

en las zonas públicas y colocarlos en el sitio de paso del Servicio del Aseo, realizar las labores de jardinería de las zonas verdes, y realizar el aseo de las áreas comunes del edificio”.

Los testigos Nancy Beatriz Guzmán García, Elsa Graciela Lancheros Peña, y Víctor Raúl Rodríguez Monroy, expusieron que el demandante era quien se encargaba de desempeñar las labores de jardinería, de abrir y cerrar las puertas, y recoger la basura, esto es, las labores enlistadas en los contratos de prestación de servicios que suscribió el actor.

Así, es claro para este sala que las labores encomendadas al demandante, requerían inexorablemente de su actividad personal, pues debían ser desempeñadas por el mismo. Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si logró desvirtuar la existencia de los elementos de subordinación y un salario como retribución del servicio.

Respecto de la subordinación, debe decirse que, aunque la demandada invoca los referidos contratos de prestación de servicios para desvirtuar el vínculo de trabajo establecido por el *a quo*, lo cierto es que dichos documentos no permiten evidenciar la manera como el demandante ejecutó realmente el servicio. Así, la H. Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que cuando se invoca la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, éstos contratos simplemente dan prueba de su existencia pero no de la forma en que se desarrollaron (SL1903-2021).

No obstante, las demás pruebas arrimadas al proceso demuestran de manera clara e inequívoca la existencia de la subordinación.

En efecto, a f.º 48, obra un comunicado emitido el día 21 de julio de 2015, por la administración del Edificio demandado en el que se le informa a los propietarios que el demandante decidió seguir con el contrato suscrito con el conjunto con las siguientes condiciones: “1. *Reforma de horario: de 8:00 a 6:00 p.m.*, 2. *No labora los días festivos, se le entregara un bono de \$1.200.000 al finalizar los doce meses del contrato*”.

Las testigos Nancy Beatriz Guzmán García, y Elsa Graciela Lancheros Peña, manifestaron conocer de la existencia de dicho documento, e indicaron que al actor se le había solicitado que no entrara antes de las 8 a.m. al edificio, ni que se quedara después de las 6 p.m., mientras que el testigo Víctor Raúl Rodríguez Monroy, señaló que el actor era empleado del conjunto, y que desde las 8:00 a.m. a las 6 p.m., prestaba los servicios para los que fue contratado.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que el señor Gonzalo Garavito Silva, en su calidad de representante legal del Edificio Multifamiliares La Victoria - Propiedad Horizontal, al absolver el interrogatorio de parte, fue renuente al responder las preguntas relacionadas con el tipo de contrato que suscribió el actor, y el horario de éste, conducta ésta que a la luz del artículo 205 del Código General del Proceso, hace presumir como ciertos los hechos en mención, por ser susceptibles de confesión.

Así, considera esta sala que hizo bien el juez de primera instancia, al amonestar al representante legal de la demandada, con motivo de las evasivas en sus respuestas, pues es inadmisibile el hecho de que el representante legal de una sociedad no conteste en forma adecuada las preguntas que se le formulan, cuando justamente, por ostentar dicha calidad, debe tener conocimientos sobre los hechos que incumben a ésta, y estar presto a colaborar con la justicia.

De otra parte, se observa que el demandante inicialmente estuvo vinculado a la sociedad demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1.º de enero de 1998, hasta el 31 de diciembre de 2014, como se desprende de la carta de terminación de contrato de trabajo obrante a f.º 15, y que el día 13 de enero de 2015, casi que de forma inmediata, las partes suscribieron el primer contrato de prestación de servicios (f.º 15 - 16).

Al indagársele a la testigo Nancy Beatriz Guzmán García, el motivo por el cual se cambió el vínculo contractual que unía a las partes, afirmó que como el Edificio había presentado un deterioro económico significativo, no tenía como solventar a un empleado, ni como asumir el pago de las prestaciones sociales, conducta ésta que permite inferir que lo que verdaderamente motivó el cambio de un contrato de trabajo a un contrato de prestación de servicios, fue que el Edificio pudiera sustraerse del cumplimiento de las obligaciones propias de un contrato de trabajo, en tanto que, no se probó que el actor haya ejecutado las actividades que le fueron encomendadas en los contratos de prestación de servicios que celebró, de forma autónoma e independiente.

Así mismo, tanto Nancy Beatriz Guzmán García, como Elsa Graciela Lancheros Peña, afirmaron que al actor se le pagaba de forma quincenal, como se corrobora con los recibos de caja aportados por la parte demandada obrantes de f.º 117 a f.º 154, pruebas que permiten concluir que el demandante recibía una remuneración periódica en pagos quincenales.

Refiere el apelante, que el *a quo* no tuvo en cuenta la misiva suscrita el día 6 de enero de 2016 por el actor (f.º 116), en la que éste manifestó que daba por terminado el contrato de prestación de servicios celebrado el día 13 de enero de 2015, con la demanda. Al

respecto, debe decirse que dicho documento en nada altera la conclusión a la que arribó al *a quo* de declarar la existencia de una relación laboral entre el 1.º de enero de 1998 y el 18 de agosto de 2018 con el actor, como quiera que éste no desvirtúa siquiera la presencia de uno los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Así las cosas, con base en el material probatorio analizado de manera conjunta al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual también establece como uno de los elementos que informan el convencimiento del juez, la conducta procesal de las partes, considera esta sala que en ningún yerro incurrió el juzgador de instancia al declarar la existencia de una relación laboral entre el 1.º de enero de 1998 y el 18 de agosto de 2018, pues la demandada no logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anterior, por cuanto tanto la prueba documental como la prueba testimonial arrimada al proceso, dan cuenta de que el actor, durante la ejecución de la relación contractual estuvo sometido tanto a un horario, y que no actuó con autonomía ni independencia, por lo que es claro que hubo subordinación respecto del demandado. En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

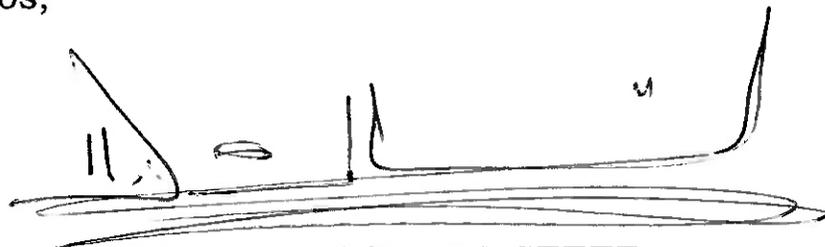
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2020, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



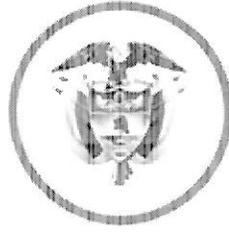
DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RICARDO CAMACHO VEGA** contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.**

EXP. 11001 31 05 038 2019 00198 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre él y la demandada, desde el 14 de enero de 2013 hasta el 10 de enero de 2018; que tiene la categoría de trabajador oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 2.º del Decreto 1919 de 2002; que laboraba de domingo a domingo en un horario de 12 horas por 24, y que tiene derecho a todo beneficio convencional derivado de la Convención Colectiva de Trabajo.

Consecuencialmente, que se condenara a la demandada a pagarle las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral; las cotizaciones al sistema de seguridad social; la devolución de lo indexado del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la demandada, por concepto del impuesto de retención en la fuente; el auxilio de transporte causado entre el 14 de enero de 2013, y el 10 de enero de 2018; el auxilio de alimentación; las indemnizaciones previstas en los artículos 1.º del Decreto 797 de 1949, 99 de la Ley 50 de 1990, y de la Ley 52 de 1975; lo que resultare probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que laboró de forma constante e ininterrumpida para la demandada, antes Hospital San Cristóbal E.S.E., entre el 14 de enero de 2013 y el 10 de enero de 2018; que prestó sus servicios como conductor de ambulancia; que la vinculación se efectuó mediante contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos; que en el último año devengó un salario de \$1.747.000; que trabajaba de domingo a domingo en horario de 12 horas por 24; que la demandada le exigió afiliarse al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, como trabajador independiente; que la empresa le exigió adquirir una póliza de cumplimiento de responsabilidad civil con el fin de eludir el pago de prestaciones sociales; que en cada pago le era

descontado el impuesto de retención en la fuente y el impuesto I.C.A.; que debía portar de forma obligatoria un carné que lo identificaba como trabajador de la entidad demandada, y que no le fue reconocido el pago de prestaciones sociales, ni de las vacaciones, las cuales tampoco le fueron compensadas en dinero.

Señaló, que durante 4 años suscribió de manera sucesiva e ininterrumpida más de 7 contratos de arrendamiento y de prestación de servicios; que siempre cumplió un horario de trabajo, recibió órdenes de sus superiores, y realizó de manera personal la labor encomendada; que no podía delegar sus funciones, como quiera que para ausentarse debía pedir autorización de su jefe inmediato; que tenía otros compañeros que desempeñaban sus mismas funciones, pero si estaban vinculados directamente con la demandada; que éstos trabajadores si recibían el pago de prestaciones sociales y eran beneficiarios de la aplicación de la Convención Colectiva, y que el 17 de noviembre de 2017, presentó reclamación para el pago de prestaciones sociales, pero que la entidad demandada rechazó su solicitud, agotándose así la vía administrativa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 11 de abril de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Expediente virtual, f.º 192).

LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que la vinculación del demandante obedeció a una relación contractual propia de los contratos de prestación de servicios, y que éstos no fueron sucesivos por cuanto existió interrupción entre uno y otro. Agregó, que dada la naturaleza contractual de la relación laboral, el demandante no devengaba un salario sino que recibía una

suma de dinero por concepto de honorarios, y que en ningún momento tuvo que cumplir horario, ni desempeñó un cargo dentro del Hospital San Cristóbal.

Propuso las excepciones de pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, prescripción, el demandante es parcialmente coautor, y legalidad de los contratos suscritos entre las partes (Expediente virtual, f.º 196 - 207).

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio (Expediente virtual, f.º 291).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 28 de julio de 2020, resolvió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor en su contra; se relevó del estudio de las excepciones propuestas, y la condenó en costas.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el actor ostentaba la calidad de trabajador oficial, para luego estudiar las pretensiones de la demanda.

Señaló, que el Hospital San Cristóbal estaba sometido al régimen jurídico previsto en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra que las personas vinculadas a las empresas sociales de salud, tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del capítulo 4.º de la Ley 10 de 1990, y aclaró, que en el parágrafo del artículo 26 de dicha Ley, se dispuso que eran trabajadores oficiales quienes desempeñaran cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física

hospitalaria o de servicios generales de las mismas instituciones.

Lo anterior, para indicar que quien pretenda alegar su condición de trabajador oficial, debía acreditar prioritariamente que la actividad cumplida correspondía a aquellas que se enmarcan en el mantenimiento de la planta física o de servicios generales.

Esgrimió, que conforme al criterio jurisprudencial de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adoptado en la sentencia SL-1334 de 2018, la actividad desempeñada por el actor, esto es, conductor de ambulancia, no se enmarcaba en los conceptos de mantenimiento de planta física hospitalaria o de servicios generales, por lo que no se podía deducir válidamente que ostentó la calidad de trabajador oficial al servicio del Hospital San Cristóbal, por cuanto la misma correspondía a una actividad asistencial que necesariamente debía ser desempeñada por empleados públicos, que han sido vinculados mediante una relación legal y reglamentaria.

Por lo anterior, concluyó que no podía entrar a deducir la existencia de una vinculación contractual entre la demanda y el actor, pues al ser las actividades desempeñadas por éste asistenciales y no de servicios generales, no le quedaba otro camino que absolver a la entidad demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Esgrimió, que el *a quo* incurrió en error al haber declarado no probada la excepción de jurisdicción y competencia, pues si no era competente debió remitir el expediente a la jurisdicción

correspondiente, y no declararse inhabilitado para proferir la decisión. Posteriormente, aclaró que la sentencia fue absolutoria y no inhabilitatoria, pero que en la misma no se definió nada de fondo, motivo por el cual se cercenaron los derechos del demandante.

Arguyó, que el despacho obvió las múltiples pruebas documentales que obran en el expediente, en las cuales la propia entidad demandada, manifestó que los conductores de ambulancia son trabajadores oficiales, y resaltó que a f.º 275, obra una certificación expedida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., en donde se indicó que los Conductores “Código 5155 IV C”, son trabajadores oficiales.

Solicitó, que se tuviera en cuenta lo expresado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el Concepto n.º 254711 de 1.º de agosto de 2019, solicitado por el mismo, en el que dicha entidad, al absolver los interrogantes propuestos, concluyó que los conductores de ambulancia son trabajadores oficiales.

Aseveró, que la sentencia que trajo a colación el *a quo* como referencia jurisprudencial para emitir su decisión, esto es, la SL-1334 de 2018, tiene efectos inter-partes, por lo que solo aplica para quienes hicieron parte del respectivo proceso judicial.

Agregó, que dentro del proceso no se logró probar que el demandante hubiese hecho cursos de primeros auxilios, o que hubiese utilizado sus conocimientos al respecto, como para que se le otorgue la calidad de empleado público.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar **i)** si el juez de instancia incurrió en error al declarar no probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por la parte demandada, **ii)** y si los conductores de ambulancia adscritos a las Empresas Sociales del Estado son trabajadores oficiales.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, debe tenerse en cuenta que la H. Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la sola afirmación del demandante, de que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, habilita a la jurisdicción ordinaria laboral para resolver el litigio planteado, y determinar si aquel tuvo la calidad de trabajador oficial. Así, en el escenario de no probarse dicha calidad, el juez deberá absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra (SL-9315 de 2016 y SL-10610 de 2014).

En el presente caso, se tiene que el actor en el escrito de demanda pretendió que se declarara la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre él y la demandada, desde el 14 de enero de 2013 hasta el 10 de enero de 2018, así como que ostentaba la calidad de trabajador oficial.

Es claro entonces, que no incurrió en yerro alguno el *a quo*, al declarar no probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, pues conforme a lo establecido en el numeral primero

del artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2.º de la ley 712 de 2001, si contaba con la jurisdicción y competencia para conocer del asunto en cuestión.

DE LOS CONDUCTORES DE AMBULANCIA ADSCRITOS A EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que **i)** el demandante suscribió veinte contratos de prestación de servicios con la demandada, para desempeñarse como conductor de ambulancia al servicio de ésta, de acuerdo con la constancia expedida el día 7 de marzo de 2019, por La Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., obrante a f.º 180, **ii)** y que para los años 2013, 2014, 2015 y 2016, los contratos fueron suscritos con la E.S.E. San Cristóbal, y desde el 1.º de agosto de 2016, hasta el 31 de octubre de 2017, con la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, en virtud de que dicha Empresa Social del Estado, se fusionó en la Empresa Social del Estado denominada “Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. (Expediente virtual f.º 78).

Para resolver el segundo problema jurídico planteado, debe considerarse, por regla general, las personas que laboran en empresas sociales del Estado son empleadas públicas. No obstante, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, consagró lo siguiente:

“Artículo 26º.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

[...]

Parágrafo. - *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.”*

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-1334 de 2018, al efectuar un análisis de las actividades desplegadas en el cargo de conductor de ambulancia, determinó que las mismas no se relacionan con labores de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por cuanto son de carácter asistencial. Criterio este, que posteriormente fue acogido en las sentencias SL-1218 de 2019, y SL-1553 de 2021.

Para arribar a tal conclusión, nuestro órgano de cierre determinó que la labor ejercida por los conductores de ambulancia no se circunscribe a una simple acción de conducir, sino que implica *«el traslado de pacientes en estado crítico, urgente o limitado, que exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria, mediante la acreditación ineludible de un curso de primeros auxilios acorde con la naturaleza asistencial de la prestación del servicio de salud».*

Igualmente, señaló que en el artículo 3.º del Decreto 1335 reglamentario de la Ley 10 de 10 de enero de 1990, por el cual se expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, se estableció que los conductores de ambulancia tienen como función la *“Ejecución de labores de conducción de vehículos automotores, lanchas, botes o similares, con el fin de movilizar pacientes.”*, y que en el artículo 2.º de la Resolución n.º 9279 de 1993, el Ministerio de Salud previó que, *«el personal que forme parte del equipo médico asistencial, si como el auxiliar (auxiliar de enfermería, radiocomunicador y conductor), deben tener la capacitación necesaria para que el servicio que se preste sea oportuno e idóneo y cumplir con los requisitos y funciones mínimas*

establecidas en el Decreto 1335 de 1990 o los contemplados en el Manual de Funciones y Requisitos, cuando se trate de entidades públicas».

Por otra parte, en la reciente sentencia SL-1553 de 2021, la Corte aclaró que el cargo de «conductor», no es ajeno a la labor de servicios generales, como si lo es, la labor de conductor de ambulancia, por lo que los primeros si hacían parte de la excepción a la regla general, y debían considerarse como trabajadores oficiales.

En el presente caso, se tiene que el demandante se desempeñó como conductor de ambulancia, por cuanto así consta en las certificaciones expedidas por la E.S.E. San Cristóbal, el día 19 de junio de 2013 (Expediente virtual, f.º 74); por la E.S.E. San Cristóbal, el día 23 de mayo de 2016 (Expediente virtual, f.º 77), y por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. de 22 de noviembre de 2017, en donde además se puntualizó que el objeto de los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante y la demandada, consistía en *“Ejecutar actividades de apoyo a la gestión de transporte asistencial básico y/o medicalizado conforme a las necesidades de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. (Conductor)”*.

Ahora bien, refiere el apelante que como en el presente caso no se acreditó que el actor haya realizado un curso de primeros auxilios, no podía otorgársele la calidad de empleado público. No obstante, el material probatorio referido con antelación, que indica que el demandante se desempeñó como conductor de ambulancia dentro de la E.S.E. demandada, es más que suficiente para concluir que la labor que ejercía no correspondía a la de un simple conductor. Aunado a que, la demandada al suscribir los 20 contratos de prestación de servicios con el demandante debió prever que éste tenía la capacitación necesaria para ejercer dicha labor, de acuerdo con lo

previsto en el artículo 3.º del Decreto 1335 de 1990, y el artículo 2.º de la Resolución n.º 9279 de 1993 del Ministerio de Salud.

De otra parte, sobre la certificación obrante a f.º 275, en donde la E.S.E. demandada aseveró que en la entidad existía un (1) cargo de Conductor - Código 5155, IV C - asignado a la gerencia como trabajador oficial, es menester precisar que es la Ley y no la entidad demandada quien determina la naturaleza del vínculo del servidor (SL-10610 de 2014), como quiera que las normas que definen el régimen laboral de los trabajadores al servicio del Estado son de orden público, y de obligatorio cumplimiento, motivo por el cual, no puede aplicársele a un trabajador un régimen laboral distinto al determinado legalmente, aun cuando obre una certificación que así lo pretenda.

Tampoco, es dable tener en cuenta el Concepto n.º 254711 de 2019, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que se determinó que los conductores de ambulancia son trabajadores oficiales, como quiera que los conceptos proferidos por entidades públicas no tienen fuerza vinculante, pues simplemente constituyen un criterio de orientación para los usuarios, y ceñirse a ellos para proferir una decisión, implicaría *«la ruptura del principio de legalidad, y con ello una vulneración del principio de estado derecho por cuanto se le otorgaría a cada autoridad pública el derecho de hacer una interpretación auténtica de la ley»* (C-542 de 2005).

En este orden, es claro para esta sala que al actor no puede catalogársele como trabajador oficial por cuanto la actividad desempeñada por éste, no estaba relacionada con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y los servicios generales, pues no desempeño las funciones propias de un conductor, sino de un conductor de ambulancia, como quedó demostrado con el material probatorio arrimado al proceso. Así, por los motivos aquí expuestos,

habrá de **confirmarse** la sentencia de primera instancia en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de julio de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **WILMAR AGUDELO** en contra de **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.** y **THE ARTISAN D.C. HOTEL.**

EXP. 11001 31 05 022 2017 00603 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que existió una relación laboral con las demandadas en virtud de la cual se desempeñó como guarda de seguridad y recibiendo una remuneración mensual de \$980.000, que fue despedido sin justa causa el 7 de julio de 2017; en consecuencia, se condene a las demandadas a cancelar salarios de julio, agosto, octubre a diciembre de 2015, de todo el año 2016, enero a junio de 2017 y 7 días de julio de 2017, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones, dejadas de cancelar; así como las indemnizaciones por mora en el pago de las cesantías, por el no pago de las prestaciones sociales, por terminación unilateral y sin justa causa del contrato; y los aportes a seguridad social por el tiempo que realmente duró la relación laboral (f.º 40-58).

Sustentó sus pretensiones, en que ingresó a trabajar mediante contrato a término indefinido por un año, para la empresa de vigilancia el 9 de abril de 2015, desempeñando la labor de guarda de seguridad en el Hotel Artisan Calle 72 S.A.S. con un salario mensual de \$980.000; fue agredido por el jefe de parqueadero Parking Brokers el 11 de agosto de 2015, quien le propinó 4 heridas con arma blanca mientras se encontraba laborando en el cuarto de cámaras de hotel; como consecuencia de la agresión, fue hospitalizado por 2 días y recibió una incapacidad de 47 días.

Señaló, que el 12 de agosto de 2015, fue despedido sin justa causa; presentó acción de tutela de la cual obtuvo el fallo respectivo el 28 de octubre de 2015, providencia en la que se tutelaron de manera transitoria sus derechos fundamentales y se ordenó su reintegro, así que fue reintegrado el 26 de enero de 2016, pero para estar disponible sentado todo el día sin realizar ninguna actividad, y

el 7 de julio de 2017, fue despedido sin justa causa tras solicitar el pago de la prima (f.º 59-61).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 19 de diciembre de 2017, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 71).

Prosegur Vigilancia, Seguridad Privada Ltda., se opuso a la condena referida a las obligaciones nacidas del contrato laboral tras alegar no deber suma alguna, y propuso como excepciones las de primacía de la realidad sobre las formas, cobro de lo no debido, *pacta sunt servanda* y buena fe.

El Hotel Artisan Calle 72 S.A.S. contestó con oposición argumentando que el demandante no prestó servicios de ninguna naturaleza al hotel, y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del contrato de trabajo entre el Hotel Artisan Calle 72 S.A.S. y el demandante, inexistencia de solidaridad, falta de causa material, inexistencia de las obligaciones indemnizatorias, cobro de lo no debido, compensación y pago (f.º 100-102).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de septiembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Prosegur Vigilancia y Seguridad Privada Ltda, el cual inició el 9 de abril de 2015, y actualmente se encuentra vigente; condenó a dicha demandada a pagar \$332.804 por concepto de cesantías, \$25.169 por intereses a las cesantías, y \$21.478 diarios desde el 15 de febrero de 2016, por indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, hasta el día en que se

efectuó el pago total de las cesantías; aclaró que solo estudió los derechos causados y exigibles hasta la presentación de la demanda, es decir, hasta el 27 de septiembre de 2017; declaró solidariamente responsable al Hotel Artisan Calle 72 S.A.S., en el pago de las cesantías y de la sanción por su no consignación, que el demandante no gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de la presentación de la demanda, y probada parcialmente la excepción de pago; adicionalmente, condenó en costas a las demandadas.

Señaló, que no se acreditó la terminación de la relación laboral, y en cambio, se continuaron efectuando los pagos a seguridad social, por lo que la relación sigue vigente en la actualidad, como se indicó en el interrogatorio de parte a la empresa. En cuanto al salario, manifestó que la parte demandante no acreditó una retribución superior al salario mínimo, máxime teniendo en cuenta que en el contrato se pactó el mínimo legal.

Sobre los salarios reclamados refirió que los extractos dan cuenta de la consignación de los mismos; respecto de las cesantías indicó que de las causadas en el año 2015, quedó un saldo de \$386.980, y de las causadas en el año 2016, el empleador canceló \$54.166 de más, por lo que lo adeudado al actor es \$332.804; de los intereses a cesantías causadas en 2015, no se cancelaron al demandante \$31.670, y de 2016, quedó un saldo a favor del demandado por \$6.501, para un total en favor de la parte actora de \$25.169; finalmente, ordenó el pago de \$21.178 diarios desde el 15 de febrero de 2016, y hasta que se acredite la totalidad del pago de las cesantías por estimar que el demandado no acreditó la buena fe.

En lo que corresponde al Hotel Artisan Calle 74 Ltda.; indicó, que debido a que el mismo se benefició de los servicios del demandante, por cuanto la labor de vigilancia no es una labor

contraria sino indispensable para el hotel, el mismo es responsable de manera solidaria en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del trabajo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El demandante, señaló que a pesar de que la *a quo* sostuvo que el salario consistió en un mínimo, más horas extras, tal como se acredita con las planillas del fondo de pensiones, efectuó la liquidación de prestaciones con base en un salario mínimo legal mensual. Sostuvo, que no se tuvieron en cuenta los extractos bancarios que demuestran la no consignación de los salarios y que es a la empresa demandada a la que le correspondía la carga de contradecir los hechos de la demanda, los cuales se presumen ciertos.

Consideró, que resulta contrario declarar la vigencia del contrato, pero emitir condenas únicamente a la fecha de presentación de la demanda, por lo que discutió el hecho de haber realizado en tres oportunidades la diligencia de fijación del litigio para finalizar fijándolo hasta el momento de presentación de la demanda y reconociendo sus derechos hasta ese momento a pesar de encontrarse el contrato vigente en la actualidad, llevándolo a tener que presentar una nueva demanda, sin tener en consideración que esto congestiona la justicia, vulnera sus garantías mínimas como trabajador y que la demanda a este momento ya estaría prescrita.

Proseguir Ltda., apeló lo correspondiente a los intereses a las cesantías por cuanto no se tuvo en cuenta la liquidación definitiva de fecha 13 de agosto de 2015, en la que le fueron canceladas las cesantías, lo que llevó a que la consignación al fondo fuera menor en el año siguiente. Estimó entonces, que no se puede predicar la mala fe por parte de la empresa, y por ello, no es procedente impartir

condena respecto de la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

El Hotel Artisan Calle 72 S.A.S. manifestó su inconformidad con la declaratoria de solidaridad tras afirmar que hubo una flagrante violación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto a pesar de que la jurisprudencia ha avanzado en el sentido de que no es únicamente el análisis del objeto social lo que determina la configuración de la solidaridad, lo que se debe analizar son las actividades de la empresa contratista y del trabajador de ese contratista, y la actividad del demandante no es indispensable ni inherente al servicio de hotelería.

Alegó, que la primera instancia creó un deber de control que no está estipulado legalmente, según el cual el hotel debía ejercer dicho control, de donde deriva la responsabilidad, sin tener en cuenta que, para la fecha de causación de las cesantías del año 2015, en el 2016, el actor no estaba desarrollando su actividad en el hotel por cuanto está demostrado mediante confesión que no fue asignado a dicho puesto de trabajo desde el 11 de agosto de 2015. Dicha situación también se presenta con los intereses a las cesantías, que se causaron en enero de 2016, y la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, causada desde el 15 de febrero de 2016, cuando no había ningún beneficio para el hotel respecto de las actividades del actor.

Frente a la citada indemnización cuestionó, además, que se haya ordenado su pago hasta que se haga efectiva la cancelación de las cesantías, cuando la jurisprudencia laboral ha establecido se causa desde el 15 de febrero de cada año, hasta el 14 de febrero siguiente, ordenando de manera irracional más de 6 años de salario por una supuesta deuda de \$332.000.

También, llamó la atención sobre la afirmación del juzgado al resolver la solicitud de corrección aritmética en el sentido de que el documento que acredita el pago de la liquidación de prestaciones sociales el 13 de agosto de 2015, no vale porque se pagó antes de terminarse el contrato; además, no se encontraba en discusión la existencia de un salario variable, pese a lo cual se declaró un salario fijo y al liquidar las cesantías tampoco se toma ese salario mínimo, sino que indica una cuantía de \$522.000 sin indicar cuál es la base de liquidación de esa prestación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará en el presente caso por cuestiones de método si hay lugar o no, a condenar al pago de salarios insolutos, si es procedente la condena por concepto de intereses a las cesantías, y de indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y si es procedente la solidaridad decretada respecto de las condenas impartidas.

Previo a entrar en materia, se atenderá la inconformidad del demandante en torno a que únicamente hayan proferido condenas hasta la fecha de presentación de la demanda, frente a lo cual, debe indicar la Sala que se rechazan de plano dichas manifestaciones, por cuanto desde la fijación del litigio quedó establecido que el estudio de las prestaciones sociales, aportes a seguridad social y salarios se haría hasta la fecha de presentación de la demanda, decisión respecto de la que expresamente el abogado de la actora reveló en la audiencia respectiva estar de acuerdo con ello, por lo que no es este el momento para recurrir una decisión que en su momento tuvo la oportunidad de discutir, así que no habiéndolo hecho, cobró firmeza. De manera que, no es viable en esa etapa procesal revivir otra ya surtida con

anterioridad, de hacerlo, se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa de los cuales son titulares las partes.

Similar situación sucede con las horas extras, que ahora echa de menos el demandante como base salarial en la liquidación de las condenas, en la medida en que dentro del libelo introductor no se solicitó en forma alguna el pago de algún tipo de trabajo en tiempo suplementario, mucho menos dentro de los fundamentos fácticos se hizo alusión al horario de trabajo cumplido por el demandante, solo se afirmó que el promedio devengado mensualmente ascendía a \$980.000 para el año 2015, de modo que, cualquier reclamación elevada a estas alturas en relación con aparentes sumas de dinero debidas por concepto de horas extras, resulta extemporánea y violatoria de los derechos fundamentales de quienes constituyen la parte demandada al ser pedimentos basados en hecho totalmente nuevos, que no se pusieron en tela de juicio ni siquiera en la fijación del litigio.

Ahora bien, la otra inconformidad presentada, es la atinente al salario tenido como base para la liquidación de las cesantías y al hecho de no haber condenado por los salarios insolutos. Por lo demás, la parte demandante no efectúa ningún reparo concreto respecto de la decisión de primera instancia, por lo que, frente a la ausencia de claridad y de técnica en la apelación formulada, se considera que el recurso no cuenta con una sustentación adecuada, y solo serán atendidos los aspectos puntuales que se identifican en la alzada, así:

Respecto a los salarios presuntamente no pagados, se solicitan en la demanda saldos insolutos correspondientes a los meses de julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2015, todo 2016, y enero

a julio de 2017, de los cuales considera la sala que la demandada ha debido acreditar al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, su pago real y efectivo, lo cual no se acredita con el libro auxiliar de nómina que aportó, pues no se obtuvo confesión alguna al respecto por parte del presunto beneficiario de esas sumas y ninguno de los períodos liquidados tiene una firma de aceptación por parte del demandante, así se analiza a continuación:

Reposan en el expediente extractos bancarios de la cuenta del Banco de Bogotá, en la que asegura el demandante le fueron consignadas las acreencias laborales de la empresa demandada, hecho que se tendrá por cierto, toda vez que la propia demandada aportó documento denominado “*consulta histórica pago de nómina*” (f.º 254) en el que se observa la coincidencia de los datos del actor y el número de cuenta bancaria con los de los extractos que aporta al plenario.

Para el mes de julio de 2015, y conforme se ve del libro auxiliar de nómina (f.º 122), el valor a consignar debió ser de \$915.238 hechas las deducciones correspondientes, monto que efectivamente fue consignado el 5 de agosto de ese año (f.º 27). Para el mes de agosto, según la nómina, el valor a consignar era de \$349.468 (f.º 121) el cual, en efecto, aparece consignado el 4 de septiembre, como se advierte a f.º 32.

Ahora, de ahí en adelante se observa en la nómina que deja de aparecer un rubro por concepto de “sueldo básico” y se reduce de manera sustancial, incluso por debajo del salario mínimo, el valor a cancelar al trabajador.

Para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015, los valores a cancelar fueron \$402.564, \$4.000 y \$314.176 (únicamente

la prima de servicios), respectivamente (f.º 123 y 124). En la liquidación de octubre, se giró el valor exacto el 5 de noviembre, y por la de noviembre se giró \$173.852 (f.º 29-30). Teniéndose en cuenta que los valores liquidados en la nómina no incluyen en ningún caso el salario básico, deberá sumarse entonces lo correspondiente al mínimo, por no haberse acreditado un pacto distinto y restar lo que se acredita como efectivamente cancelado, pero como para el mes de diciembre no obra extracto bancario que permita verificar si se efectuó algún pago, se ordenará su cancelación por parte de la empleadora.

Ocurre lo mismo con la liquidación de enero de 2016, se debía cancelar \$398.176 según el libro auxiliar de nómina (f.º 124), pero no obra ningún extracto bancario que permita verificar si se efectuó algún pago, por lo que, al no encontrarse ningún rubro en la liquidación que contemple el salario básico, se sumará este a la liquidación y se ordenará su pago.

De febrero a julio de 2016, los valores liquidados superan el salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad (f.º 124-126). Comoquiera que para el primer trimestre no fueron aportados extractos bancarios que permitan inferir un pago inferior al liquidado en la nómina, se presume realizado el pago. Para los meses subsiguientes, se evidencian pagos exactos para los meses liquidados de abril, mayo y julio (f.º 30-32). Para la nómina del mes de junio se debía cancelar \$1.241.369, pero tan solo obra un pago por \$827.736 el 5 de julio (f.º 32).

En agosto y septiembre de 2016, la liquidación y pago de nómina es por un valor inferior al salario mínimo legal (f.º 32, 34, 126-127), esto es, \$520.763 y \$454.994. Una vez más, dicha constancia de nómina no incluye conceptos referidos al salario básico, por lo que

dicho valor debe sumarse a la liquidación y ordenarse su pago. Para octubre y noviembre, el valor liquidado es de \$4.000 de un supuesto anticipo y ese mismo valor es deducido de un seguro exequial (f.º 127), por lo que no aparece abonado ningún dinero en la cuenta bancaria del demandante para el mes correspondiente, así que se deberá ordenar el pago del salario básico.

Para diciembre del año 2016, aparece liquidado y pago lo correspondiente a la prima de servicios por valor neto de \$390.112 (f.º 34, 127). También, para este mes deberá ordenarse el pago del salario básico.

En enero del año 2017, la liquidación luego de deducciones da un total de \$524.809 (f.º 128), valor que se observa pagado en dos consignaciones del 30 de enero y 3 de febrero (f.º 35). Para febrero el valor de la nómina, descontando el valor de las cesantías que fue incluido ahí y el cual es de \$721.243, suma que fue efectivamente cancelada el 3 de marzo de 2017. Como estos valores son inferiores al salario mínimo y no incluyen el salario básico, se les deberá sumar y ordenar su pago.

La nómina de marzo de 2017, está por valor neto de \$791.715 (f.º 128), valor que fue cancelado, conforme extracto de folio 36.

Nuevamente, para los meses de abril, mayo y junio de 2017, el valor de la nómina es inferior al salario mínimo legal mensual de la época, esto es, \$551.737, \$721.504 y \$590.283 (f.º 129), respectivamente; abril y mayo, aparecen efectivamente cancelados en los valores indicados, y para junio, dado que no se aportó extracto bancario que señale otra cosa, se tendrá como acreditado el pago de lo liquidado en la nómina. No obstante, teniendo en cuenta que en

dichas liquidaciones no se tuvo en cuenta el salario básico, este deberá adicionarse y ordenarse su pago.

Para el mes de julio de 2017, el valor neto liquidado según la nómina visible a folio 130, es de \$299.870; no obstante, este valor en realidad corresponde a la prima de servicio, es decir, que en la liquidación no le fue incluido ningún rubro que incluyera salario, por lo que se deberá condenar al pago del salario básico, equivalente al salario mínimo.

En esas condiciones y conforme lo señalado, se ordenará el pago de \$10.939.863 por concepto salarios adeudados al demandante, discriminados así:

<i>Mes</i>	<i>Valor real a pagar</i>	<i>Valor pagado</i>	<i>Por pagar</i>
<i>Oct. 2015</i>	\$1.046.914	\$ 402.564	\$ 644.350
<i>Nov. 2015</i>	\$ 648.350	\$ 173.852	\$ 474.498
<i>Dic. 2015</i>	\$ 958.526	—	\$ 644.350
<i>Ene. 2016</i>	\$1.087.631	—	\$ 689.455
<i>Jun. 2016</i>	\$1.241.369	\$ 827.736	\$ 413.633
<i>Ago. 2016</i>	\$1.210.218	\$ 520.763	\$ 689.455
<i>Sep. 2016</i>	\$1.144.449	\$ 454.994	\$ 689.455
<i>Oct. 2016</i>	\$ 689.455	—	\$ 689.455
<i>Nov. 2016</i>	\$ 689.455	—	\$ 689.455
<i>Dic. 2016</i>	\$ 689.455	—	\$ 689.455
<i>Ene.2017</i>	\$1.262.526	\$ 524.809	\$ 737.717
<i>Feb. 2017</i>	\$1.458.969	\$ 721.243	\$ 737.717
<i>Abr. 2017</i>	\$1.289.454	\$ 551.737	\$ 737.717
<i>May. 2017</i>	\$1.459.221	\$ 721.504	\$ 737.717
<i>Jun. 2017</i>	\$1.328.000	\$ 590.283	\$ 737.717
<i>Jul. 2017</i>	\$ 737.717	—	\$ 737.717
TOTAL			\$10.939.863

En este punto, se debe agregar que no resulta válido tener como prueba idónea del salario devengado lo que se registre en las planillas

de autoliquidación de aportes, como parece entenderlo equivocadamente el demandante en su apelación, pues la jurisprudencia ordinaria laboral, ha establecido que la afiliación a la seguridad social o el pago de los aportes al sistema, no conlleva, en principio, la existencia de una relación laboral, a menos que existan pruebas contundentes que así lo acrediten (CSJ SL16528-2016), es un elemento indiciario, pero no es plena prueba de la misma (CSJ SL., 15 mar. 2011 rad. 37067); de manera que, debieron aportarse otros medios probatorios que analizados en conjunto le dieran certeza a la Sala de que en verdad, el demandante devengó una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente en los períodos anteriormente mencionados.

Superadas las alegaciones en torno a los salarios insolutos, se verificarán las inconformidades respecto de los intereses a las cesantías y la indemnización por la no consignación de las cesantías.

Acierta la empresa de vigilancia demandada, al afirmar que la indemnización por la no consignación de las cesantías no procede de manera automática, pues debe verificarse la conducta del empleador, que de haber actuado de mala fe se hará merecedor de ella, y justamente, la Sala hará referencia a continuación:

Con la precisión de que no fue objeto de apelación lo atinente a la condena por concepto de cesantías en estricto sentido y por tanto no se realizará pronunciamiento al respecto, es necesario señalar que la condena impartida por al *a quo* estuvo motivada en un saldo de \$386.980, por concepto de cesantía causada en el año 2015, que debía consignarse en el año 2016. Sin embargo, para dicho cálculo no se tuvo en cuenta el documento visible a folio 251, suscrito por el demandante, en el que la empresa de seguridad realizó la liquidación

definitiva de prestaciones sociales con corte al 13 de agosto de 2015, por una terminación del contrato que se dio en su momento.

El hecho de que con posterioridad a esta decisión se haya determinado en fallo de tutela ordenar el reintegro del trabajador y que ahora se determine la continuidad del vínculo, no implica que hubiera obrado mal el empleador que creyendo legítimamente actuar conforme a derecho, al liquidar las prestaciones sociales ante la terminación del vínculo laboral que en su momento fue legal, canceló por concepto de cesantías la suma de \$335.603, pues tal circunstancia, el creer firmemente en la culminación efectiva del nexo contractual, evidentemente lo habilitaba para pagar en forma directa a su trabajador el auxilio de las cesantías causado hasta esa data, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo, y 99 de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, estima la sala que queda desvirtuado el elemento subjetivo de la sanción, pues no puede hablarse de mala fe cuando a pesar de que sí bien existe un excedente pendiente por cubrir de \$51.367, la demandada creyó haber pagado con el depósito realizado al fondo Porvenir, lo que restaba para saldar las cesantías causadas entre agosto y diciembre del año 2015, con el pago de \$135.780.

Por otro lado, en lo referente a los intereses a las cesantías, de conformidad con las constancias del libro auxiliar de nómina del periodo estudiado visibles de folios 123 a 127, y la cláusula 9 del contrato de trabajo (f.º 162), se tiene que el promedio del periodo trabajado para el año 2015, fue de \$805.627, lo que arrojaría unos intereses a las cesantías de \$51.205, y para el año 2016, el salario base es de \$832.666, para unos intereses a las cesantías de \$99.920.

Del año 2015, se observa un pago por \$13.983 (f.º 251) en el momento de la liquidación definitiva de prestaciones cuando inicialmente se dio por terminado el contrato, y otro por \$6.250 liquidado en la nómina del mes de enero (f.º 124), lo que arrojaría un saldo en favor del demandante de \$30.972. Para el año 2016, se observa un pago en la nómina de enero de 2017, por valor de \$98.559 (f.º 128), con un saldo a favor del demandante de \$1.361 y un saldo total de \$32.972.

Empero, como el punto atinente a los intereses a las cesantías únicamente fue controvertido por Prosegur Ltda., el principio de la *non reformatio in pejus*, no permite emitir una decisión que le resulte más gravosa, por lo que la sentencia no será modificada en este aspecto, al haber sido encontrada como adeudada una suma superior a la que fue objeto de condena.

Finalmente, respecto a la inconformidad del Hotel Artisan Calle 72 S.A.S., relacionada con la declaratoria de responsabilidad solidaria de las condenas por auxilio de cesantías y su sanción por no pago, encuentra la Sala acertada su disquisición, en tanto que, la responsabilidad de dicho apelante, estaría limitada al momento en que el actor dejó de estar asignado al hotel como guarda de seguridad, lo cual quedó acreditado en juicio, ocurrió el 11 de agosto de 2015.

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere a la responsabilidad solidaria de los contratantes de obras civiles o de servicios, para lo cual extiende al beneficiario o dueño de la obra la responsabilidad que corresponde a los contratistas respecto de sus trabajadores, *“a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio”*. En torno a esta última expresión, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha venido decantando en punto a establecer con rigor jurídico y

precisión conceptual que para establecer cuándo se está frente a eventos de labores inherentes o propias del giro ordinario de negocios del contratante, se debe distinguir entre las labores inseparables y las que corresponden a la esencia o la naturaleza del mismo objeto social del contratante de los servicios y así lograr establecer aquellas actividades que contribuyen de una manera tangencial pero no esencial en la cadena productiva (CSJ SL, 10 mar. 2009 rad. 27623).

Atendiendo a lo anterior, no es viable predicar la responsabilidad solidaria del Hotel Artisan Calle 72 S.A.S., frente a las condenas impuestas a Prosegur Ltda., teniendo en cuenta que su actividad económica es la explotación de restaurantes y hoteles, no puede decirse que, en la cadena productiva de esa línea de negocio, la vigilancia sea una actividad esencial, aunado a que las acreencias laborales objeto de condena, fueron causadas con posterioridad al momento en el que el demandante dejó de prestar sus servicios en las instalaciones del hotel.

De conformidad con lo expuesto, se **modificará** la sentencia apelada para condenar a Prosegur Ltda., al pago de \$10.939.863 por concepto de salarios insolutos, y revocar la condena al pago de la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la declaratoria de responsabilidad solidaria del Hotel Artisan Calle 72 S.A.S.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **tercero** de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el presente asunto, el cual para todos los efectos legales a que haya lugar, quedará así:

“CONDENAR a la demandada PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA al pago en favor de WILMAR AGUDELO, las siguientes sumas de dinero:

- Cesantías: \$332.804*
- Intereses a las cesantías: \$25.169*
- Salarios insolutos: \$10.939.863”.*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **quinto** de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** al Hotel Artisan Calle 72 S.A.S, de todas las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la decisión apelada.

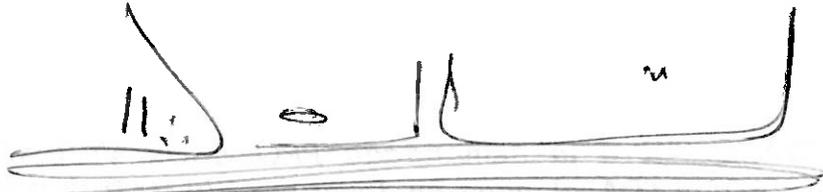
CUARTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo exclusivo de PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA, en favor del demandante.

QUINTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'A' followed by a horizontal line.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing as a stylized 'M' followed by a horizontal line.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MILA CUBIDES ACERO** en contra de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

EXP. 11001 31 05 039 2017 00496 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, respecto de la sentencia absolutoria proferida el 10 de agosto de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declare que su compañero permanente, Luis Alberto Guerrero Caro, falleció con ocasión de un accidente laboral y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes; en consecuencia, se condene a la aseguradora demandada a reconocerle la pensión de sobrevivientes en forma retroactiva desde el 22 de diciembre de 2010, junto con los intereses moratorios o indexación (f.º 4, 5).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que el señor Luis Alberto Guerrero Caro laboró para la Compañía Palmicultora del Llano S.A., estuvo afiliado en riesgos laborales a Positiva Compañía de Seguros, y falleció en un accidente de trabajo el 22 de diciembre de 2010; convivió la causante desde enero de 1992 hasta el día de su deceso, inicialmente en unión libre y continuó en virtud de matrimonio católico celebrado el 19 de diciembre de 1998, registrado en la Notaría 29 del Círculo de Bogotá, convivencia que se mantuvo de manera permanente e ininterrumpida; de dicha unión se procrearon 3 hijos; solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por cuanto la señora Maribel Rojas también solicitó la pensión; el Juzgado Segundo de Familia de Villavicencio declaró el divorcio y cesación de efectos civiles de matrimonio católico el 28 de abril de 2010; se realizó liquidación de la sociedad conyugal entre las partes registrada mediante escritora pública n.º 2199 del 25 de mayo de 2010, sin embargo, la convivencia nunca se interrumpió (f.º , 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de enero de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada, y se ordenó notificar la existencia del presente proceso a la señora Maribel Rojas, conforme al artículo 63 del Código General del Proceso (f.º 38).

Positiva Compañía de Seguros S.A., se opuso al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la actora por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, improcedencia del cobro de intereses moratorios y buena fe (f.º 65).

Luego de emplazar a Maribel Rojas (f.º 90), en auto del 18 de septiembre de 2019, se dispuso que su vinculación no era de carácter necesario sino facultativo, así que se ordenó continuar con el trámite correspondiente (f.º 94, 95).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 96).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de agosto de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y por tanto, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas e impuso costas a la parte demandante.

Señaló, que la actora no logró acreditar la convivencia con el causante, pues los documentos aportados son disímiles y contradicen las manifestaciones realizadas por la demandante en su interrogatorio de parte y la demanda, respecto de la convivencia continua e ininterrumpida desde enero de 1992 hasta el 22 de diciembre de 2012, pues existe evidencia de varios actos de ruptura de la relación en el 2008, y de que convivieron incluso en ciudades distintas.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico establecer si la demandante acredita los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y en caso afirmativo, determinar si procede el pago de los intereses moratorios.

No fue objeto de discusión en este asunto, que el deceso del señor Luis Alberto Guerrero Caro ocurrió el 22 de diciembre de 2010 (f.º 14), y que tuvo su origen en un accidente laboral (ver cd exp. Administrativo), pues fueron hechos admitidos desde la contestación del hecho 2.º de la demanda y con la expedición de la Resolución n.º 02589 de 2011, mediante la cual se le negó la pensión a la demandante y a Maribel Rojas, y se le concedió a los 3 hijos del causante (f.º 28-30).

Los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorios de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, disponen que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando este hubiera cotizado mínimo cincuenta semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento, determinando que esos beneficiarios son,

en primer lugar, el cónyuge o el compañero o compañera permanente supérstite, siempre y cuando a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había entendido que serían beneficiarias de la prestación en comento el o la cónyuge o compañera del causante, siempre y cuando acredite haber convivido no menos de 5 años con anterioridad al deceso. No obstante, en reciente Jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia morigeró su postura en relación con el tiempo de convivencia exigido, precisando que los 5 años de convivencia señalados en la normativa en comento, solo se exigen a la cónyuge o compañera reclamantes de la pensión, en aquellos casos en los cuales el fallecido es un pensionado. Luego, los beneficiarios de quien fuese afiliado, deberán acreditar, como mínimo, *“(...) la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (...)”*. Así lo determinó el Alto Tribunal en sentencia SL1730-2020, recordada en las SL489 y SL2222 ambas de 2021, a las que se remite el Despacho en aras de la brevedad.

La señora Luz Mila Cubides Acero, solicitó el día 17 de junio de 2011, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., que mediante resolución n.º 02589 del 8 de septiembre de 2011, negó la prestación económica solicitada en razón a que existía una petición de parte de la señora Maribel Rojas, quien a su vez alegó tener la calidad de compañera permanente del causante, por lo que la entidad demandada dejó en suspenso una parte de la prestación, mientras que reconoció el derecho a favor de los menores Daniel Alejandro, Ana María y Paula

Andrea Guerrero Cubides, en forma proporcional y temporal (f.º 28-30).

Reposa en el expediente, copia del proceso tramitado ante el Juzgado Segundo de Familia de Villavicencio, bajo el número 2009-00315, en el que se observa que Luz Mila Cubides Acero, solicitó el 18 de mayo de 2009, que se declare la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico que contrajo con Luis Alberto Guerrero Caro, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y la residencia separada de los esposos, entre otros, bajo el argumento de que el 27 de mayo de 2008, el aquí causante abandonó el hogar *“para establecer una nueva relación sentimental extra matrimonial con una mujer de nombre Carmen Rosa Escobar y Sasha con quien convive bajo un mismo techo en la carrera 13 bis # 48-19 del barrio marco Fidel Suárez en la ciudad de Bogotá alejado de su hogar matrimonial”* (f.º 107-111).

De f.º 119 a 124, reposa oficio de la Comisaría Segunda de Familia de Villavicencio, en el que informa que dentro del historial de la aquí demandante, fueron realizadas dos audiencias con el causante: una por violencia intrafamiliar y otra por fijación de alimentos los días 21 de mayo y 9 de septiembre de 2008.

Dentro del proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico, se evidencia a folio 136, el acta de acuerdo suscrita el día 23 de febrero de 2010, en la que los entonces esposos Luz Mila Cubides Acero y Luis Alberto Guerrero Caro, manifestaron *“que es nuestro deseo obtener por la vía judicial, la declaratoria de cesación de los efectos civiles de nuestro matrimonio católico, por mutuo acuerdo”* y que *“fijaremos residencia separadas uno del otro”*.

No se desconoce la existencia de la relación que existió entre la demandante y el causante, prueba de ello son los tres hijos que

procrearon el 14 de diciembre de 1992, el 19 de diciembre de 1995 y el 25 de junio de 1998, así como el registro civil de matrimonio católico celebrado el 19 de diciembre de 1998 (f.º 14-18).

No obstante, los documentos antes relacionados dan cuenta de que desde el año 2008, la pareja estuvo separada debido a una infidelidad, que los llevó a acudir ante las autoridades administrativas y judiciales para la solución de sus conflictos, hasta finalmente solicitar el divorcio, el cual se obtuvo finalmente mediante sentencia proferida el 28 de abril de 2010, por el Juzgado 2.º de Familia del Circuito de Villavicencio, quien además declaró la cesación de efectos civiles del matrimonio, disuelta y en vía de liquidación la sociedad conyugal, autorizó la residencia separada de los cónyuges velando por su propia subsistencia y aprobó el acuerdo relacionado con la patria potestad de los hijos menores (f.º 143-147); aunado a que en el registro civil de matrimonio, el 10 de junio siguiente, quedó registrada la liquidación de la sociedad conyugal elevada mediante E.P. n.º 2199 de la Notaría 3.ª del mismo círculo notarial (f.º 15, 33, 34).

En el interrogatorio de parte rendido por la actora, indicó que estuvieron reconciliándose por largo tiempo, al punto, que tenían planes de volver a convivir todos como familia a partir de ese diciembre en que ocurrió el deceso, y que como pareja, ya habían restablecido la convivencia, pues cada fin de semana o cada quince días, cuando el actor regresaba de su trabajo a la ciudad de Villavicencio, se quedaba en su casa.

La señorita Paula Guerrero, hija del causante y de la demandante, informó que desde el 2008, entre sus padres se iniciaron una serie de conflictos pero que no tuvo conocimiento de

que había sido en razón de una infidelidad, sino hasta el 2009, y no supo que se habían divorciado, sino hasta el fallecimiento de su padre. Agregó, que el señor Luis Alberto se hospedaba en casa de su progenitora cuando viajaba a Villavicencio desde la finca en la que quedaba su sede laboral.

Sin embargo, la documental adosada muestra una realidad distinta a la relatada por la demandante en su interrogatorio de parte y su hija en su declaración, pues es claro que para esa fecha (diciembre de 2010), no existía ya una vida en pareja, pues la demandante no acompañó a su ex esposo e hijas a la fiesta de fin de año de la empresa, a pesar de haber sido organizada por él, no los acompañaba a los paseos que hacían y no estuvo en la fiesta de 15 años que se organizó en Bogotá para su hija Ana María, según informó Paula Guerrero. Aunado a ello, a f.º 118 obra constancia de que la demandante instauró proceso ejecutivo de alimentos en contra del causante, dentro del cual se libró mandamiento de pago el 23 de enero de 2009.

Era tal el distanciamiento, que conforme informó en el interrogatorio de parte, la demandante no era reconocida por la familia del causante como su pareja, al punto de que quien se encargó de organizar el entierro del causante, fue la hermana.

Así las cosas, no se logró acreditar la calidad de miembro del núcleo familiar del afiliado causante, por parte de la demandante, y mucho menos una convivencia con vocación de permanencia entre esta y el señor Luis Alberto Guerrero Caro (Q.E.P.D), pues es evidente que no interactuaban juntos como familia y socialmente tampoco se mostraban a sí mismos en pareja.

Es que para que la cónyuge supérstite pueda ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, es preciso que el vínculo matrimonial se encuentre vigente, es decir, que no haya habido divorcio (CSJ SL1399-2018, SL4047 y SL5141 ambas de 2019).

Por tal motivo, habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

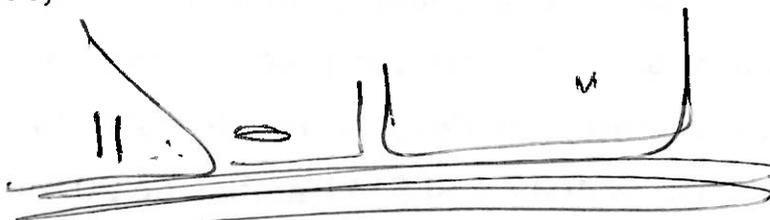
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida el 10 de agosto de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial stroke followed by several smaller strokes.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing as a stylized, cursive set of letters.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ISRAEL ARIZA LÓPEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 007 2019 00201 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y la parte demandada-Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 2 de julio de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que para liquidar la primera mesada pensional, le resulta más favorable obtener el I.B.L. con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; que la solicitud de reconocimiento pensional elevada por él, lleva implícita la solicitud de desafiliación del sistema, y que convive con la señora Maribel Ángel Páez, en calidad de cónyuge, desde el 1.º de marzo de 1980, quien depende económicamente de él.

Consecuencialmente, que se condenara a Colpensiones, a reliquidarle la pensión de vejez, teniendo en cuenta para calcular el I.B.L., el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, y de forma subsidiaria, se tuviera en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; al pago de la diferencia que genere la reliquidación de la pensión de jubilación debidamente indexada; al reconocimiento y pago de la pensión desde el 20 de julio de 2014: al pago de las mesadas pensionales correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2014, y enero y febrero de 2015; de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1994; del incremento pensional del 14% por persona a cargo; de lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que cumplió 60 años de edad, el día 20 de julio de 2014; que mediante Resolución n.º GNR 37997 de 18 de febrero de 2015, Colpensiones le otorgó una pensión, con base en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que cotizó un total de 1.472.86 semanas; que en Resolución n.º GNR

- 234370 de 10 de agosto de 2016, Colpensiones le reconoció un retroactivo pensional correspondiente a las mesadas dejadas de pagar entre la fecha de causación, y de reconocimiento pensional, pero que no le fueron reconocidos los intereses moratorios reclamados, y que el día 1.º de marzo de 1980, contrajo nupcias con la señora Ángel Páez, quien depende económicamente de él, por lo que tenía derecho al reconocimiento del incremento pensional del 14% por persona a cargo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de marzo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Expediente virtual, f.º 49).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Adujo, que no accedía a la pretensión de que se declarara que al demandante le resultaba más favorable obtener el I.B.L. de la pensión, con base en el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, toda vez que en la Resolución n.º GNR 37997 de 18 de febrero de 2015, la liquidación fue calculada en debida forma, y se tuvo en cuenta el I.B.L. más beneficioso para él. Igualmente, señaló que si bien reconoció un retroactivo pensional al que había lugar, no le adeudaba al actor los intereses moratorios, por cuanto desde la inclusión en nómina de pensionados, Colpensiones no ha tenido retardos en cancelar las mesadas pensionales.

De otra parte, indicó que no hay prueba alguna de que la señora Maribel Ángel Páez conviva con el demandante, ni que ésta dependa económicamente de él, por lo que no era procedente el pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, aunado a que éste se encuentra prescrito.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Expediente virtual, f.º 50 - 61).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio (Expediente virtual, f.º 79).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 2 de julio de 2020, declaró que al demandante se le debió reconocer la pensión de vejez sobre el I.B.L. de toda la vida laboral para el año 2014, por la suma de \$1.336.223, con una tasa de reemplazo del 90%, reconociéndole como primera mesada pensional, a partir del 20 de julio de 2014, la suma de \$1.202.600.70; condenó a Colpensiones a reconocerle y pagarle el retroactivo sobre la diferencia de la reliquidación de las mesadas causadas desde el 20 de julio de 2014, suma que a 30 de junio de 2020, equivale al valor de \$18.752.301.41; ordenó a Colpensiones, que a partir del 1.º de junio de 2020 reconozca y pague la pensión de vejez al señor demandante con una mesada pensional equivalente a \$1.569.003.93, suma que deberá incrementarse año a año según la variación porcentual del I.P.C., certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior o como lo disponga el Gobierno Nacional; absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la demandada.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en

determinar si al actor le resultaba más favorable que el I.B.L. para liquidar su pensión, se calculara sobre los ingresos de toda su vida laboral.

Indicó, que como el demandante cotizó más de 1.250 semanas, era procedente calcular el I.B.L sobre los ingresos que el actor percibió en toda su vida laboral, conforme al inciso segundo del artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Así, al efectuar las operaciones aritméticas de rigor, evidenció que le era más favorable al actor que se calculara el I.B.L de esta forma, y no como lo hizo la entidad demandada, en la Resolución que le reconoció la pensión de vejez, por lo que era procedente la reliquidación pensional deprecada, así como el reconocimiento del retroactivo.

Esgrimió, que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, solo proceden cuando hay mora en el pago de mesadas pensionales, y no cuando se efectúan reajustes o reliquidaciones, motivo por el cual el demandante no tenía derecho a su reconocimiento.

Sobre el incremento pensional del 14% por persona a cargo, adujo que, si bien se acreditó la dependencia económica de la cónyuge del actor, la señora Maribel Ángel Páez, respecto de él, en sentencia SU - 140 de 2019, la Corte Constitucional, determinó que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron objeto de derogatoria orgánica, por lo que no era procedente acceder a dicha pretensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación, respecto del numeral 5.º de la sentencia de primera instancia.

Arguyó, que los intereses moratorios no fueron solicitados respecto del retroactivo por la reliquidación pensional, sino de las mesadas que fueron pagadas de manera tardía, es decir, las de julio, agosto, septiembre, octubre, y noviembre de 2014, y las de enero y febrero de 2015, por cuanto pese a que las mismas se causaron el 20 de julio de 2014, solo fueron pagadas hasta el 10 de agosto de 2016.

Respecto del incremento pensional del 14%, esgrimió que los mismos debían ser reconocidos conforme al criterio acogido de forma pacífica por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que éstos debían otorgarse siempre que se hayan reclamado dentro del término trienal prescriptivo, por lo que solicitó a esta corporación apartarse del criterio establecido en la sentencia SU-140 de 2019, de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que quedó demostrada la dependencia económica de la Cónyuge del demandante respecto de él.

LA PARTE DEMANDADA, interpuso recurso de apelación respecto de la reliquidación y el retroactivo pensional, que ordenó el *a quo* en favor del demandante.

Indicó, que al actor le fue reconocida una pensión de vejez, mediante Resolución n.º GNR 37997 de febrero de 2015, prestación que posteriormente fue reliquidada en la Resolución n.º GNR 234370 de 2016, pues al realizarse las investigaciones administrativas pertinentes se determinó que el demandante tenía derecho al reconocimiento de esos montos.

Adujo, que no incurrió en ninguna contradicción al efectuarle el reconocimiento pensional al actor, por cuanto el mismo se hizo conforme a la normatividad aplicable al caso, esto es, el artículo 36

de la Ley 100 de 1993, dado que el demandante es beneficiario del régimen de transición.

Declaró, que siempre le aplicó la condición más beneficiosa al actor, motivo por el cual realizó el cálculo del I.B.L., con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años y toda la vida laboral.

Finalmente, esgrimió estar inconforme sobre la condena en costas que impuso el *a quo*, y solicitó que la misma fuera revocada, como quiera que no incurrió en incumplimiento alguno respecto de sus obligaciones con el actor.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, verificar lo siguiente: **i)** si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el demandante; **ii)** si el demandante tiene derecho a que le sean reconocidos los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, **iii)** y si tiene derecho al reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que **i)** el demandante nació el 20 de julio de 1954, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes de 2014 (Expediente administrativo, archivo n.º 7); **ii)** que mediante Resolución n.º GNR 37997 de 2015, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo n.º 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 1º de marzo de 2015 en cuantía inicial de \$1.051.516 teniendo en cuenta un total de 1473 semanas de cotización y un I.B.L. de \$1.168.351 al que le aplicó

un monto del 90% (Expediente virtual, f.º 24 - 30); **iii**) y que mediante Resolución n.º GNR 234370 de 10 de agosto de 2016, la entidad le reconoció el pago de un retroactivo pensional por \$7.700.409, y dispuso que el disfrute de la pensión sería a partir de 20 de julio de 2014 (Expediente virtual, f.º 38 - 46)

Por cuestiones de método, se resolverá primero el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y el recurso de apelación interpuesto por la entidad, para luego resolver el del demandante.

Verificación liquidación I.B.L. pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

Para efectos de liquidar la pensión de vejez que regula el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es de advertir que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente conservó lo relativo a la edad, tiempo de servicios o densidad de cotizaciones y el monto de la prestación, pero no el ingreso base de liquidación de la legislación anterior que quedó gobernado por el inciso 3.º del artículo 36, o por el artículo 21, según el tiempo que le hiciera falta al afiliado para pensionarse, desde la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (CSJ SL407-2013, SL 5594-2018 y SL436-2019).

En este caso, como a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al demandante, le hacían falta más de 10 años para cumplir la edad de pensionarse, en principio, el I.B.L. pensional se debe liquidar conforme el artículo 21 *idem*, es decir, solamente con el promedio de los salarios sobre los cuales *cotizó* el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, no obstante, como en toda su vida laboral cotizó más de 1250 semanas, esto es, un total

de 1.472.86 semanas de acuerdo con su historia laboral, le es aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del referido artículo, en el sentido de que es procedente realizar el cálculo del I.B.L, si le resultare más favorable, sobre los ingresos de toda la vida laboral, al que se le debe aplicar una tasa de reemplazo del **90%** al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Al revisar la Resolución n.º GNR 37997 de 18 de febrero de 2015 (Expediente virtual, f.º 24 - 30) , mediante la cual Colpensiones le reconoció una pensión de vejez al demandante, ésta sala constató que la entidad demandada si realizó el cálculo del I.B.L. sobre los ingresos de toda la vida laboral, y fue el que tuvo en cuenta al momento de liquidar la pensión del actor, pues le resultaba más favorable que el I.B.L. calculado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, contrario a lo manifestado por el demandante en su escrito de demanda.

Así, al efectuar las operaciones matemáticas del caso, de conformidad con las liquidaciones que se anexan a la presente providencia para efectos ilustrativos de las partes y apoderados, la Sala obtuvo un I.B.L. inferior al calculado por Colpensiones en la Resolución n.º GNR 37997 de 18 de febrero de 2015, por cuanto la entidad indicó que era de \$1.168.351, mientras que aquí se concluyó que correspondía a \$1.127.342, de modo que no resulta viable la reliquidación solicitada por cuanto se verificó que la entidad actualizó anualmente promedio salarial con base en la variación del I.P.C. certificado por el DANE, conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y tuvo en cuenta la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas, aplicando de manera correcta el porcentaje correspondiente.

Tampoco es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional, como quiera que mediante Resolución n.º GNR 234370 de 10 de agosto de 2016, la entidad demandada ordenó el pago del retroactivo sobre la pensión de vejez del actor a partir del 20 de julio de 2014, esto es, la fecha en que cumplió el requisito de edad para el reconocimiento de la pensión. Por lo tanto, habrá de **revocarse** la sentencia apelada y consultada, sobre estos puntos en controversia.

De los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

En lo que tiene que ver con los intereses moratorios, debe decirse que estos réditos no son procedentes, como quiera que el criterio imperante de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispone que la condena por indexación de las sumas adeudadas o dejadas de percibir, y los intereses de mora son incompatibles. Lo anterior por cuanto ambos conceptos comprenderían una doble sanción para el deudor. Recientemente en sentencia SL-987 de 2020 nuestro órgano de cierre reiteró:

“De entrada, debe señalarse, que le asiste razón al censor en su reproche, puesto que esta Sala de manera profusa, ha sostenido que existe incompatibilidad de los intereses moratorios con la indexación de las condenas, por cuanto ello se traduce en una doble sanción para la llamada a juicio.

En reciente pronunciamiento al respecto vertido en la sentencia CSJ SL1381-2019, esta corporación así enseñó:

[...] En efecto, si bien es cierto, se trata de dos conceptos diferentes, ya que los réditos del artículo 141 en cita, corresponden a una sanción por mora, es decir, por el pago tardío de la prestación que se ha debido cancelar oportunamente en los términos legalmente dispuestos, y la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición

inflacionaria de la economía nacional, también lo es, que tales intereses se pagan a «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago», lo que equivale a una suma considerablemente superior a la corrección monetaria o indización, que alcanza para cubrir perfectamente la devaluación de la moneda, esto es, que el valor adeudado se «actualice» y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago. De ahí que se entienda, en términos de justicia y equidad, que aplicado el interés moratorio este comprende el valor por indexación.»

Por lo que, sobre dicho tópico, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada y consultada.

Del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

En sentencia SU-140 de 2019, la Corte Constitucional concluyó que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados orgánicamente a partir de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que es claro que, el referido artículo no produce efecto alguno respecto de aquellos que hayan adquirido su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional.

Ahora bien, en el presente caso no fue objeto de discusión que mediante Resolución n.º GNR 37997 de 2015, a partir del 1.º de marzo de 2015, y que posteriormente en Resolución n.º GNR 234370 de 10 de agosto de 2016, Colpensiones determinó que la pensión debía ser reconocida desde el 20 de julio de 2014, de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo n.º 049 de 1990, por ser el actor, beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f.º 18 - 19).

Es decir, que el actor venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero no llegó a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en vigencia de ese régimen, por cuanto la pensión le fue reconocida en un primer momento en el año 2015; por lo que, conforme con los lineamientos establecidos en la Sentencia SU-140 de 2019, de la Corte Constitucional, no tiene derecho al incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, establecido en el Decreto 758 de 1990. Por lo anteriormente, se **confirmará** la sentencia apelada y consultada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales 1.º, 2.º, 3.º, y 4.º de la sentencia apelada y consultada, proferida el 2 de junio de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de todas y cada una de las condenas que le fueron impuestas, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación, las de primera serán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

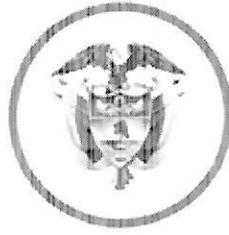
DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping curve on the left side and a horizontal line on the right.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a prominent vertical stroke on the left and a horizontal stroke at the bottom.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ STELLA PIÑEROS RAMÍREZ** contra **ANYELA PATRICIA VÁSQUEZ**.

EXP. 11001 31 05 039 2017 00494 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara que, entre ella y la señora Luz Stella Piñeros Ramírez, existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 20 de junio de 2011 hasta el 6 de junio de 2017, y que se desempeñó en el cargo de niñera de la menor Mía Salomé Rico Vásquez.

Consecuencialmente, solicitó que condenara al pago de los dominicales causados durante todo el tiempo en que estuvo vigente el contrato de trabajo, las prestaciones sociales a las que hubiere lugar; los aportes a la seguridad social en pensiones; la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; la indexación de todas las sumas; lo que resultare probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, reseñó que la relación laboral estuvo vigente desde el día 20 de junio de 2011, hasta el 6 de junio de 2017; que desempeñó el cargo de niñera de la menor Mía Salomé Rico Vásquez, con funciones de aseadora; que la remuneración pactada como retribución de sus servicios fue de \$30.000 diarios, y que nunca le fueron cancelados los dominicales, ni las prestaciones sociales durante todo el tiempo en que estuvo laborando para la demandada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 12 de junio de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 44).

ANYELA PATRICIA VÁSQUEZ, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Arguyó, que jamás existió vinculación laboral con la demandante por lo que no estaba obligada a pagar ni

los dominicales, las prestaciones sociales, los aportes a la seguridad social en pensiones, ni la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, buena fe, mala fe por parte de la demandante, inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, y cobro de lo no debido (f.º 61 - 69).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 28 de agosto de 2020, declaró la existencia de 2 contratos de trabajo a término indefinido entre la demandante y la demandada, así: desde el 20 de junio de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2013, y desde el 1.º de junio de 2015 hasta 6 de junio de 2017, en el cargo de niñera y servicios varios, liquidándose las acreencias laborales únicamente para el periodo comprendido entre el 1.º de marzo y el 6 de junio de 2017; condenó a la demandada al pago de las siguientes sumas: \$194.675.32 de cesantías; \$6.164.72 de intereses a las cesantías; \$194.675.32 de prima de servicios; \$97.337 de vacaciones, valor que deberá ser indexado a la fecha de su pago efectivo, con base en el I.P.C. certificado por el DANE, \$24.590 (un día de salario) por cada día de retardo, a partir del 7 de junio de 2017, y el 6 de junio de 2019, por la suma de \$17.705.208 que corresponde a 720 días; al pago de los intereses moratorios sobre los salarios y prestaciones sociales adeudados a partir del 7 de junio de 2019, y hasta que se verifique el pago total de la obligación; al pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones en que se encuentre afiliada la demandante, o el de su elección de no encontrarse afiliada; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas por la accionada, y la condeno en costas.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, desde el 20 de junio de 2011, hasta el 6 de junio de 2017, para luego determinar si a la actora le asistía el pago de las prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, pago de los aportes al sistema de seguridad social causados en la vigencia de la relación laboral, y de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En lo que interesa a la alzada, manifestó que, si bien la demandada no logró demostrar la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo con la documental arrimada al proceso, si fue posible determinar la existencia de éstos, con el interrogatorio de parte practicado a la demandada, y con el testimonio de su hija, Carolina Topacio Gaviria Vásquez, con el cual también pudo determinar los extremos temporales de la relación laboral, atendiendo lo dicho por la H. Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de que se pueden dar por demostrados los extremos temporales de una relación laboral, de forma aproximada si hay certeza de la prestación del servicio en un periodo determinado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida.

Esgrimió, que en el presente caso no estaban claramente demostrados los extremos temporales de la supuesta relación laboral, ni tampoco los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

De otra parte, arguyó que no se dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 167 y 168 del Código General del Proceso, respecto de la carga de la prueba, y de la valoración probatoria.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar, *i)* si se demostraron o no, los elementos constitutivos del contrato de trabajo, para determinar si existió una relación laboral entre la demandada y la demandante, es los periodos determinados por la juez de instancia *ii)* y en caso de ser así, se determinará si se demostraron los extremos temporales de la presunta relación laboral.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando

la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Advierte la sala que con las pruebas documentales arrimadas al proceso, no es posible determinar que la demandante efectivamente prestó sus servicios de forma personal a la demandada como niñera de la menor Mía Salomé Rico Vásquez, y realizando oficios de aseo, como la afirmó en el escrito de demanda, por cuanto únicamente aportó una certificación laboral, firmada por la demandada, y expedida a nombre de la empresa “*Eagle Impresos*”, de fecha de 2 de agosto de 2014, en la que se indica que la demandante laboró en dicha sociedad desde el 1.º de julio de 2011 (f.º 22), y una serie de fotografías con la menor Mía Salomé Rico Vásquez obrantes de f.º 17 a f.º 21.

Sobre la referida certificación, debe decirse que la demandante confesó que la señora Anyela Patricia Vásquez, se la expidió como un favor personal, pues requería de este documento para que Condesa le efectuara un préstamo, hecho que también fue corroborado por la demandada. Tampoco se puede inferir de las fotografías aportadas, que la demandante era la niñera de Mía Salomé Vásquez Rico, como quiera que las mismas son en su mayoría de la menor, y de la actora acompañada de la demandante en unas vacaciones.

No obstante, como bien lo adujo la *a quo*, con lo manifestado por la demandada en su interrogatorio de parte, esto es, que la actora la ayudaba con oficios varios en su hogar, entre los que puntualizó el cuidado de la menor Mía Salomé Vásquez Rico, y que a veces le reconocía algún dinero por ello, o un mercado, y lo indicado por la testigo Carolina Topacio Gaviria Vásquez, hija de la demandada,

quien manifestó que la actora ayudaba con el cuidado de su hermana y con la comida a veces semanas completas, o días de por medio, o que en ocasiones no iba, es claro para esta sala que la demandante realizaba las referidas labores de forma personal.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si logró desvirtuar la existencia de los elementos de subordinación y un salario como retribución del servicio.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que la dependencia del trabajador respecto del empleador, faculta a éste *«para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»*.

En el interrogatorio de parte absuelto por la demandada, se pudo apreciar una confesión respecto de la existencia del contrato de trabajo con la actora, pues aseveró que ésta le colaboraba con el cuidado de Mía, y en ciertas ocasiones cocinando, cuando ella se encontraba muy ocupada. Igualmente, indicó que le reconocía dinero por dicha labor, o le compraba un mercado, así como que la actora de forma frecuente visitaba su casa, debido a que eran íntimas amigas.

Pese a que manifestó que las labores ejercidas por la demandante correspondían a una simple colaboración debido a la estrecha amistad que las unía, la *a quo*, al realizar un análisis juicio de lo dicho por la demandada, le causó extrañeza el hecho de que la actora viviendo tan lejos de la demandada, pues la primera vivía en el barrio San Francisco mientras que la segunda en el Barrio Ricaurte, visitara con tanta frecuencia a la accionada con el único fin de hablar

con ella, y hacerle el favor de cuidar a su hija menor, apreciación que es compartida por ésta sala, máxime si se tiene en cuenta que la testigo Carolina Topacio Gaviria Vásquez, señaló que en una ocasión su madre le dijo que fuera a un parque a recoger a una señora que les iba a colaborar con el cuidado de su hermana menor, esto es, la demandante, por lo que no es claro el hecho de que si supuestamente existía una estrecha amistad, la actora no tuviera conocimiento de la ubicación de la vivienda de la demandada, ni que ésta última no conociera en que trabajaba la señora Luz Stella Piñeros Ramírez, pues en su interrogatorio de parte manifestó no tener idea del trabajo de la demandante.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que la demandada requería de los servicios de alguien que la ayudara con el cuidado de su hija, pues durante el lapso en que la actora dejó de cuidar a la menor Mía, lo que sucedió en el año 2014, como lo admitió la demandante en su interrogatorio de parte, la demandada contrató a otra señora para que ejerciera dicha labor, tal y como lo manifestó la testigo Carolina Topacio Gaviria Vásquez.

Éstos hechos permiten inferir que lo que verdaderamente unía a las partes era una relación subordinada, sin que ello implique negar que entre ellas haya existido una buena relación, pues eso también lo expresaron ambas partes al absolver su interrogatorio de parte.

Así las cosas, con base en el material probatorio analizado de manera conjunta al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, considera esta sala que en ningún yerro incurrió la juzgadora de instancia al declarar la existencia de una relación laboral. Por lo anterior, sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

DE LOS EXTREMOS TEMPORALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Cabe recordar que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no exonera al trabajador que persigue su aplicación, además de demostrar la actividad personal del servicio, de otras cargas probatorias como acreditar «(...)los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros» (SL-2780 de 2018).

No obstante, ante la falta de claridad en relación con la data en la cual inició la prestación real y efectiva de los servicios de Luz Stella Piñeros Ramírez en favor de la señora Anyela Patricia Vásquez, considera esta Colegiatura que la *a quo* no se equivocó en aplicar el criterio jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencias SL2696, STL5072 y SL16110 todas del 2015, relacionado con que se pueden dar por demostrados los extremos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación del servicio en un período determinado, con miras a no sacrificar los derechos laborales o sociales que le corresponden al trabajador.

Así las cosas, le corresponde al juez desentrañar los elementos de persuasión de los extremos temporales de la relación laboral, cuando se tenga certeza sobre la prestación de un servicio en un determinado periodo, y proceder a calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante, como en efecto sucedió en el presente caso, por los motivos que se explicarán a continuación.

La *a quo* determinó que existieron dos relaciones laborales entre las partes, esto es, entre el 20 de junio de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2013, y desde el 1.º de junio de 2015 hasta 6 de junio de 2017. Para arribar a tal conclusión, tuvo en cuenta lo indicado por la testigo Carolina Topacio Gaviria Vásquez, quien indicó que la demandante inició su labor como niñera cuando su hermana menor, Mía Salomé Rico Vásquez, tenía 6 meses de nacida, esto es, para junio de 2011, y lo admitido por la actora en el interrogatorio de parte, de que para el año 2014 y mediados de 2015, no laboró para la demandada, lo que coincide con lo dicho por la testigo Carolina Topacio Gaviria Vásquez, pues ésta declaró que hubo un tiempo en que la demandante no les colaboró con el cuidado de su hermana, por lo que su madre contrató en el año 2014, a la señora Liliana Tangarife, mientras que en el 2015, la encargada del cuidado de Salomé fue la hermana de su padrastro, pero que posteriormente en ese mismo año la actora regresó.

También, señaló la testigo que, a los 5 años de edad, a su hermana Salomé le dio neumonía, y que en dicho periodo la actora se encargó de forma frecuente del cuidado de la menor. Resaltó la juez de instancia, la edad de la menor para concluir que la actora laboró para la demandada en el año 2017, de forma diaria y constante según lo dicho por las testigos Carolina Topacio Gaviria Vásquez y Sandra Yuly Díaz.

Luego entonces, considera esta sala que contrario a lo manifestado por el apelante, los extremos temporales de la relación laboral que existió entre la señora Luz Stella Piñeros Ramírez y Anyela Patricia Vásquez, pese a no estar claramente demostrados, fue posible para la *a quo* determinarlos, con base en las pruebas que se practicaron en el proceso, y atendiendo los criterios jurisprudenciales referidos con antelación, establecidos por nuestro órgano de cierre.

Ahora bien, sobre el testimonio de Carolina Topacio Gaviria Vásquez, se resalta que por ser hija de la demandante era más dable para la *a quo*, desconfiar de su veracidad e imparcialidad, no obstante ha dicho la Corte que en estos casos «*lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar*» (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01), tanto más si se advierte que, en muchos casos, son los parientes quienes, ubicados en una mejor perspectiva, tienen contacto directo con los hechos averiguados, sobre todo cuando de relaciones de familia se refiere. Debe haber, pues, una ponderación más aguda, sin que por ello se prescindiera de la información que suministran, misma que, si es capaz de superar los juicios de coherencia, seriedad y objetividad, puede ser tomada como base para decidir» (CSJ SL, del 12 de ago. 2011, rad. 11001-31-10-021-2005-00997-01, y SL3721 de 2019).

A juicio de esta sala, el testimonio rendido por la hija de la demandante además de ser espontáneo, fue coherente y objetivo, y pertinente para que se pudiera realizar una aproximación de los extremos temporales de la relación laboral que alegó la demandante. Por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Finalmente, manifestó el apelante que no se dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 167 y 168 del Código General del Proceso, respecto de la carga de la prueba, y de la valoración probatoria sin manifestar si quiera el por qué de dicha conclusión, pues es evidente que la *a quo* si tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 167 *ídem*, cuando decidió decretar de oficio el testimonio de

Carolina Topacio Gaviria Vásquez para esclarecer los hechos controvertidos en el proceso.

Ahora bien, no es claro para esta sala el motivo por el cual indicó el apelante que la juez de instancia no tuvo en cuenta lo previsto el artículo 168 del Código General del Proceso, el cual consagra que el juez rechazará mediante providencia motivada las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles, por lo que no se puede efectuar pronunciamiento alguno al respecto.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ASTRID CAÑÓN MONTROYA** contra **NANCY GARCÍA SÁSTOQUE**.

EXP. 11001 31 05 021 2018 00506 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia condenatoria proferida el 29 de septiembre de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare que entre ella y la demandada existió un contrato laboral verbal a término indefinido entre el 8 de junio de 2015 y el 9 de julio de 2015, teniendo como salario \$1.000.000, más comisiones equivalentes a \$100.000, por cada \$500.000, realizados en procedimientos odontológicos; que el contrato terminó por decisión unilateral con justa causa imputable a la empleadora, quien no la afilió al sistema de seguridad social, le realizó descuentos no autorizados e impuso sanciones que violentaron el debido proceso; en consecuencia, pidió que se condene a la demandada al pago de \$155.000, impuesto como sanción disciplinaria sin cumplimiento del procedimiento pertinente; la suma que se demuestre como salario de la primera quincena del mes de julio, la liquidación de prestaciones sociales, la afiliación y pago de cotizaciones a seguridad social y la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (f.º 4-5).

Sustentó sus pretensiones, en que fue contratada de manera verbal y a término indefinido para el cargo de odontóloga general el 8 de junio de 2015, con una remuneración mensual de \$1.000.000 más \$100.000 por cada \$500.000 realizados en procedimientos, lo cual era cancelado de manera quincenal; recibió \$700.000 por el periodo laborado del 8 al 15 de junio de 2015, y de la segunda quincena de ese mes le fueron descontados \$155.000 de \$1.369.000, que debía recibir, como consecuencia de una sanción disciplinaria por presuntos errores.

Agregó, que el descuento no fue autorizado ni estuvo precedido por el trámite pertinente; el contrato terminó el 9 de julio de 2015,

por decisión unilateral de ella con justa causa imputable a la empleadora ante el incumplimiento de sus obligaciones en la afiliación y pago de la seguridad social, y salario; no le fue cancelado lo correspondiente a los días trabajados del mes de julio de 2015, ni la liquidación de prestaciones sociales; presentó reclamación por escrito recibiendo respuesta por correo electrónico el 14 de septiembre de 2015, en el que la demandada aceptó que le adeuda, sin embargo, para la presentación de la demanda no había realizado el pago (f.º 3-4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de diciembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 14), quien contestó con oposición argumentando que la relación que medió entre las partes fue de prestación de servicios y propuso como excepciones las de prescripción de la acción, falta de causa y derecho para demandar y mala fe (f.º 29-30).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de septiembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes entre el 18 de junio y el 9 de julio de 2015; condenó a la demandada al pago de \$88.150 por concepto de liquidación de prestaciones sociales, \$193.305 por concepto de salarios, y efectuar los aportes en pensión con base en el cálculo actuarial que efectúe la administradora de fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada la demandante, más las costas, y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y no probadas los demás medios exceptivos.

Para lo que interesa a la alzada, en cuanto al salario pactado, consideró que la parte actora no cumplió con la carga de probar que fue de \$1.000.000 más comisiones equivalente a \$100.000 por cada \$500.000 realizado en procedimientos, mientras la parte demandada tan solo admitió haber acordado un valor equivalente al 30% del total de los procedimientos realizados, sin que de ello exista prueba; por lo que dispuso tomar como base para la liquidación de las prestaciones, el salario mínimo vigente al momento de la relación laboral.

En torno a la condena al pago de la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, adujo que la misma se encuentra prescrita toda vez que la reclamación a la empleadora no hace referencia a dicha sanción, por lo que no se interrumpió por ese concepto, el término prescriptivo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, solicitó revisar la decisión en cuanto al salario sobre el cual fueron realizadas las condenas y frente a la negativa a imponer la condena por concepto de sanción moratoria, bajo el argumento de que en el hecho nueve de la demanda se relacionó el valor de la quincena, hecho que no negado por la parte demandada, quien por el contrario aceptó que este fue el pago que se le hizo, y que la reclamación presentada a la empleadora se realizó de forma general, incluyendo todas las deudas que tenía frente a la demandante, por lo cual se encuentra también incluida en dicha reclamación la sanción moratoria.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará en el presente caso cuál es el salario pactado durante la relación laboral entre las partes y si hay lugar a la condena por concepto de sanción moratoria.

Lo primero en lo que debe hacerse claridad es en que fue admitido por las partes, al no ser motivo de apelación, tanto la declaratoria de la relación laboral, como sus extremos temporales, por lo que la Sala no realizará ningún análisis al respecto.

Ahora, en torno al salario estipulado, se dijo en la demanda que fue de \$1.000.000 mensual más comisiones equivalentes a \$100.000 por cada \$500.000 realizados en procedimientos, afirmación que la parte pasiva rechazó desde la contestación de la demanda al indicar que la remuneración fue equivalente al 30% de los procedimientos realizados como odontóloga general.

Durante el interrogatorio de parte a la demandada, se le escuchó mencionar que realizó a la actora el pago de los primeros quince días laborados por un valor, que si bien no indicó con precisión, sí afirmó que era superior a \$1.000.000, admitiendo además adeudarle los días restantes laborados.

A folios 10 y 11, reposa copia de la respuesta brindada por la ex empleadora a la reclamación que le fue presentada, en donde le aclaró a la demandante que el cierre de la quincena se realizó por \$1.489.000, pero el valor correcto era de \$1.369.000, monto que en los hechos 9.º y 12.º del escrito de demanda, se señaló como el pago

que debió haber recibido la trabajadora por el pago de la quincena, a pesar de haber recibido únicamente \$1.214.000.

No obstante lo anterior, la demandante refiere a un descuento de \$155.000, realizado en dicha quincena, mientras que la accionada explicó que ese descuento fue realizado del dinero adeudado por los días de salario no pagos, días de salario respecto de los cuales tampoco existe certeza en cuanto a su valor, pues ni en la demanda ni en el interrogatorio de parte de la demandante se menciona un monto, y la señora Nancy García Sastoque tampoco dio precisión respecto de la suma adeudada por concepto de salarios.

Todo lo anterior, lleva a concluir que fue acertada la decisión del *a quo* al tomar como salario, el mínimo mensual de la fecha para la cual se dio la relación laboral, por cuanto la demandante no corrió con la carga probatoria establecida en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, para acreditar en forma idónea una realidad diferente, razón por la que se **confirmará** la decisión en este aspecto.

Ahora, en torno a la prescripción parcial decretada, es de precisar que el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el reclamo escrito del trabajador acerca de un derecho debidamente determinado tiene el efecto de interrumpir el término prescriptivo, el cual, conforme a los artículos 488 del mismo estatuto y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es de 3 años.

En ese sentido, es claro que el escrito orientado a la interrupción de la prescripción debe determinar clara y detalladamente los derechos sobre los cuales se pretende elevar la reclamación, situación

que no sucede en el caso que se estudia, pues el correo electrónico del 10 de septiembre de 2015 (f.º 7), limita la reclamación a los salarios y prestaciones sociales, por lo cual, y teniendo en cuenta que el vínculo terminó el 9 de julio de 2015, y la demanda no fue presentada sino hasta el 28 de agosto de 2018 (f.º 13), es claro que en relación con la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya había operado el fenómeno de la prescripción, para la época de la presentación de la demanda.

Por lo expuesto, se **confirmará** en su integridad el fallo apelado.

Costas a cargo de la demandante, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$ 450.000.oo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 29 de septiembre de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

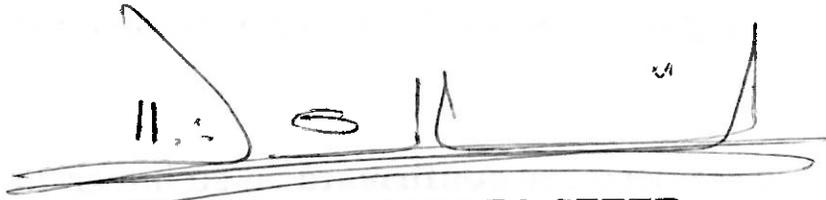
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante, para lo cual se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000.oo.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **YASIDIS GREGORIA DE LA HOZ CASTELLAR** contra **COOK & CHILL S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 014 2018 00527 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandada y ella, el cual fue suspendido por el empleador de manera unilateral, y sin previa autorización del Ministerio del Trabajo, y que se declarara la terminación de dicha relación laboral.

Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de las prestaciones sociales que correspondieran, y de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Solicitó también, que se le ordenara a la A.R.L. Seguros Bolívar a realizar un informe detallado sobre su estado de salud, después del accidente laboral que sufrió, con el fin de determinar el grado de la pérdida de capacidad laboral y funcional, y que se ordenara a la Junta Regional de Calificación de invalidez, la realización de la calificación con cargo de los gastos al centro de costos de A.R.L.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el día 25 de junio de 2015, celebró un contrato con la demandada, en el cual se fijó como salario la suma de \$750.000; que se desempeñaba como cocinera; que su horario de trabajo era desde las 7:00 a.m. hasta las 4:00 p.m.; que el día 10 de septiembre de 2015, sufrió un accidente laboral, por lo que le fueron otorgados 3 días de incapacidad; que el día 1.º de junio de 2017, la empresa demandada

le manifestó de la suspensión del contrato de trabajo alegando caso fortuito o fuerza mayor; que retomó sus actividades el día 29 de junio de 2017; que el día 28 de junio de la misma anualidad, la empresa realizó un otrosí al contrato, mediante el cual se cambió su función, y se fijó un salario de \$800.000; que el día 9 de enero de 2018, la demandada nuevamente le comunicó de la suspensión del contrato por fuerza mayor o caso fortuito, por lo que el día 27 de febrero de 2018, solicitó su reintegro mediante derecho de petición; que un mes después, la accionada le respondió éste, de forma inconclusa e incompleta, y que al día de hoy, no ha sido notificada de la fecha de reanudación de su contrato de trabajo, como lo indica el artículo 52 del Código Sustantivo del Trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 14 de noviembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 47).

COOK & CHILL S.A.S., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demandante. Manifestó, que el contrato que existió entre las partes fue de obra o labor, y no a término indefinido como lo indicó la actora, y que en vigencia éste le reconoció todas las acreencias laborales a las que tenía derecho. Agregó también, que el contrato de la demandante fue suspendido con base en el numeral 1.º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo

Propuso las excepciones inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción extintiva de los derechos y la consecuente caducidad de la acción, compensación, buena fe, enriquecimiento sin causa, y mala fe de la demandante (f.º 84 - 94)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 15 de julio de 2020, declaró que entre la actora, y Cook & Chill S.A.S., existió un contrato de trabajo de obra o labor determinada, desde el 24 de junio de 2015, hasta el 23 de agosto de 2018; declaró ineficaces las suspensiones del contrato de trabajo de la demandante que efectuó la empresa, en tanto no tuvieron origen en una causal válida de las consagradas en el numeral 1.º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados y no cancelados con anterioridad al 23 de agosto de 2015; condenó a la demandada a pagar las siguientes sumas de dinero: \$575.000 por concepto de salarios insolutos por la primera suspensión del contrato de trabajo de 5 de junio al 28 de junio de 2017, y \$5.173.333 por concepto de los salarios insolutos de la segunda suspensión del contrato de trabajo del 10 de enero a 23 de agosto de 2018; \$47.917 de cesantías, y \$367 de intereses a las cesantías de la primera suspensión del contrato de trabajo; \$431.111 de cesantías, y \$27.879 de la segunda suspensión del contrato; \$4.986.667, por concepto de sanción moratoria por la no consignación de las cesantías; absolvió a la demandada de las pretensiones restantes, y la condenó en costas.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en establecer si las suspensiones del contrato de trabajo que la demandada le comunicó a la actora se encontraban ajustadas a lo señalado en el numeral 1.º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, o en su defecto la cesación de actividades de la demandante fue por culpa imputable a su empleador, y por ende debían reconocerle las acreencias laborales respectivas.

Indicó, que la empresa demandada alegó la causal prevista en el numeral 1.º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, para suspender el contrato de trabajo de la actora en dos ocasiones. La primera, bajo el argumento de que sus clientes entraron en paro, y la segunda por motivo de la finalización del contrato comercial que tenía la empresa con sus clientes, aduciendo la pasiva que las actividades de la aquí demandante se encontraban sujetas a dicho vínculo comercial.

Por lo anterior, aclaró que no cualquier circunstancia puede aducirse como fuerza mayor o caso fortuito, como la finalización del vínculo comercial, por cuanto éste corresponde a un hecho previsible y no inesperado, bajo el entendido de que es natural que los vínculos contractuales, civiles o comerciales cesen por diversas circunstancias.

Señaló, que en el presente caso no se configuró ninguna fuerza mayor o caso fortuito mientras se ejecuto el contrato de trabajo de la actora, por lo que no era dable que la demandada suspendiera el contrato de trabajo con base en la causal prevista en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la no prestación del servicio de la actora obedeció a un hecho imputable a su empleador, lo que obligaba entonces el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales durante el lapso en que se presentaron las mentadas suspensiones del contrato de trabajo.

Sobre la pretensión de que se declara la terminación del contrato laboral, adujo que debía tenerse en cuenta que éste se suspendió por segunda vez desde el 10 de enero de 2018, sin que a la fecha haya

sido reactivado, por lo que se tendría como fecha de terminación del contrato de trabajo, el día de la presentación de la demanda, esto es, el 23 de agosto de 2018.

En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que dicho fenómeno jurídico afectó los derechos reclamados con anterioridad al 23 de agosto de 2015, a excepción de las cesantías que solo se hacen exigibles a partir de la terminación del contrato de trabajo.

Finalmente, aseveró, que como no se convalidaron las suspensiones del contrato de trabajo, y no se demostró por la demandada haber cancelado salarios, cesantías, intereses a las cesantías durante los dos periodos de suspensión, esto es desde el 5 de junio hasta el 27 de junio de 2017, y desde el 10 de junio de 2018 hasta el 23 de agosto de 2018, fecha de terminación del contrato de trabajo, la demandada debía pagar las acreencias laborales a las que fue condenada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANDA** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Esgrimió, que conforme a las pruebas arrimadas al proceso, las suspensiones de los contratos de la actora obedecieron a unos hechos irresistibles e impredecibles, por cuanto el primer evento se trató de circunstancias ajenas a la voluntad de la demandada, dado que, no fue la culpable de que se llegara a la situación a la que se llegó.

Dijo, que dentro de ningún contrato comercial está previsto motivaciones que en cierto modo contengan hechos como manifestaciones, salvo que se trate de un gremio o un negocio donde sea habitual el cese actividades, hecho que no ocurrió en el presente caso.

Respecto de la segunda suspensión, arguyó que hay circunstancias que son propias de los negocios, y que el hecho de que no se haya podido continuar con el contrato de trabajo de la demandante, fue porque varios contratos se estaban llevando como contratos estatales por lo que, la fuerza mayor o caso fortuito correspondían a actos ejercidos por un funcionario público, como lo establece el artículo 64 del Código Civil.

Expresó, que como era claro que la suspensión del contrato de trabajo se adecuaba a lo dispuesto en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, las condenas impartidas por el despacho se tornaban innecesarias.

Manifestó, que la *a quo* debió declarar probada la excepción de compensación, como quiera que la demandada, corroboró haberle pagado a la actora las primas correspondientes al segundo semestre de 2018, primer y segundo semestre de 2019, y primer semestre de 2020, como lo admitió la demandante en su interrogatorio de parte, por lo que era claro que dichas sumas debían ser devueltas o compensadas.

Finalmente, dijo que no había lugar a la condena impuesta respecto de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues si bien la demandada no consignó las cesantías, lo hizo bajo el legítimo convencimiento de que los motivos que dieron lugar a la suspensión del contrato de trabajo correspondían a un caso

fortuito o fuerza mayor, conforme lo dispone el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar **i)** si los motivos aducidos por la demandada para suspender el contrato de trabajo de la actora en 2 ocasiones se enmarcan en los conceptos de fuerza mayor o caso fortuito; **ii)** si la demandada debe reconocerle a la actora la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, **iii)** y si debió declararse probada la excepción de compensación.

Se encuentra acreditado dentro del plenario **i)** que el día 24 de junio de 2015, las partes celebraron un contrato de trabajo de obra o labor, en el que consignó que la actora desempeñaría el cargo de secretaria, y percibiría un salario básico mensual de \$750.000 (f.º 20 - 25); **ii)** que el día 1.º de junio de 2017, la empresa le avisó a la trabajadora de la suspensión de contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito (f.º 17); **iii)** que el día 28 de junio de 2017, las partes firmaron un otrosí a dicho contrato, cuyo objeto fue el cambio de labores asignadas a la actora, por cuanto desde esa data se desempeñaría como “Auxiliar de Oficios Varios”, y se pactó que devengaría un salario de \$800.000 (f.º 19), **iv)** y que el 9 de enero de 2018, nuevamente la demandada le comunicó a la actora la

suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito (f.º 16).

1.1. DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

El artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone en su numeral 1.º que el contrato de trabajo podrá suspenderse por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.

Respecto de dicha causal, nuestro órgano de cierre ha sostenido que para su procedencia el hecho que se reputa como fuerza mayor o caso fortuito no sólo debe estar plenamente acreditado, sino que debe compartir las características intrínsecas y concurrentes de imprevisibilidad e irresistibilidad, y demostrarse que el mismo efectivamente impide temporalmente su ejecución (SL-11919 de 2017 y SL-3478 de 2017).

En el presente caso, manifiesta el apelante que, con las pruebas arrojadas al proceso, quedó plenamente demostrado que las suspensiones de los contratos de la actora obedecieron a unos hechos irresistibles e impredecibles.

No obstante, no comparte la sala dicha apreciación como quiera que la única pieza probatoria, respecto de la primera suspensión, obrante en el proceso corresponde a la comunicación efectuada por la demandada a la actora, el día 1.º de junio de 2017, en la que le expresó lo siguiente: *“Teniendo en cuenta que a la fecha nuestros clientes: Alimentos Spress, Catanlinsa, Aerodelicias entraron en un paro a partir del 11 de mayo de 2017, por medio de la presente nos permitimos notificarle de la suspensión temporal de su contrato de trabajo a partir del 5 de junio de 2017, y hasta tanto se normalice la situación presentada”* (f.º 17).

Lo mismo ocurre con la segunda suspensión, pues a f.º 16 del expediente obra una carta de fecha de 9 de enero de 2018, en donde la sociedad le indicó a la demandante, que se suspendería el contrato de trabajo por el siguiente motivo: *“Teniendo en cuenta la decisión adoptada por el Cliente “Alimentos Spres, Catalinsa, Aerodelicias” en relación a culminación de candelario escolar correspondiente al año 2017, a partir del 10 de enero de 2018, por medio de la presente nos permitimos notificarle la suspensión temporal de su contrato de trabajo a partir de la fecha mencionada y hasta tanto se normalice la situación presentada, la cual en todo caso resulta ajena a la voluntad de COOK AND CHILL”*. (f.º 16).

Dichos elementos probatorios, simplemente informan de la ocurrencia de la suspensión del contrato de trabajo, pero no indican en absoluto las circunstancias en las que se dio tal determinación, por lo que es claro para esta sala que la parte demandada no logró acreditar que los sucesos aducidos en las misivas obrantes a f.º 16 y 17 del expediente, constituyeran una fuerza mayor o caso fortuito, y que además impidieron la ejecución del contrato.

Lo anterior, por cuanto las referidas pruebas fueron en cierta manera fueron producidas por la accionada, y el simple hecho de que indiquen la causal en la que se basa la suspensión no puede tenerse como prueba de la misma, pues de ser así *«bastaría la simple afirmación de la parte sobre un hecho para que este se tenga por comprobado, lo cual desconoce toda la teoría y dogmática sobre la prueba judicial»*. (Sentencia de 30 de octubre de 2012, n.º de radicación 39668, y SL-3478 de 2017).

1.2. DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS.

En lo que atañe a este punto, valga recordar que para establecer su procedencia, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta

remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de consignar en forma anual las cesantías, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175).

Teniendo en cuenta las resultas del proceso, esto es, el decaimiento de las suspensiones del contrato de trabajo de la actora con ocasión del evento previsto en el numeral 1.º del Código Sustantivo del Trabajo, se considera que la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si está llamada a prosperar por cuanto la parte demandada no aportó prueba alguna que de cuenta que actuó bajo el errado convencimiento de que los eventos que ocasionaran la suspensión del contrato de trabajo si se enmarcaban en un caso fortuito o fuerza mayor, pues únicamente aportó las pruebas procesales obrantes en los folios 16 y 17, de las cuales se itera que fueron en cierta manera producidas por ella misma. Por lo que sobre este punto, se **confirmará** la sentencia apelada.

1.3. DE LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN

Manifiesta el apelante, que la *a quo* debió declarar probada la excepción de compensación por cuanto la actora admitió en su interrogatorio de parte, que ya la empresa le había reconocido las primas que se habían causado para los años 2018, 2019, y primer semestre de 2020.

No obstante, dicha excepción no está llamada a prosperar como quiera que la parte demandada no fue condenada al pago de sumas de dinero por concepto de primas, como se observa en el numeral 4.º de la sentencia proferida.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

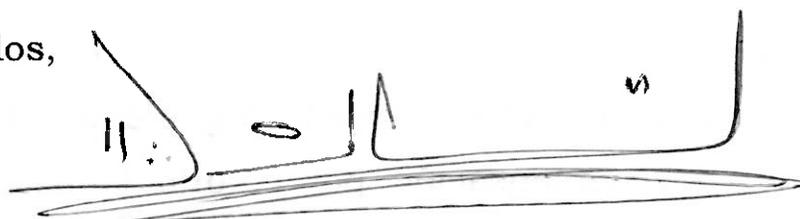
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GABRIEL DE JESÚS VIDAL RAMÍREZ** en contra de **ALQUILERES Y SOLUCIONES INFORMÁTICAS – ALQUISOL S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 027 2019 00121 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia absolutoria proferida el 4 de noviembre de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió una relación laboral de carácter indefinido entre el 2 de febrero de 2013 y el 30 de septiembre de 2017, y se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones de los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y 99 de la Ley 50 de 1990, y la indexación (f.º 4-6).

Como sustento relevante de sus pretensiones, sostuvo que prestó sus servicios personales a la sociedad Alquileres y Soluciones Informáticas–Alquisol S.A.S. en virtud de un contrato de laboral a término indefinido desde el 2 de febrero de 2013, en el cargo de asistente administrativo en sistemas, percibiendo una remuneración mensual de \$2.000.000; la demandada, dio por terminada la relación laboral de manera unilateral y sin justa causa el 30 de septiembre de 2017, sin cancelar la correspondiente liquidación definitiva de prestaciones sociales, sin que durante la relación laboral hubiera cancelado cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios ni vacaciones (f.º 3-8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de mayo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 24), quien contestó con oposición bajo el argumento de que el demandante no fue contratado laboralmente por la empresa demandada, y sin excepciones (f.º 36-48).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia del 4 de noviembre de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, como consecuencia de ello, absolvió a la demandada y condenó en costas al demandante, tras considerar que este no cumplió con la carga de demostrar la prestación personal del servicio, pues aunque fueron aportadas por la parte actora, certificaciones laborales suscritas por el representante legal y la Asistente Administrativa de la empresa demandada, acudieron como testigos tres empleados de la misma para los años 2013 a 2017, quienes afirmaron que el demandante era amigo personal del señor Hugo Fernández, representante legal de la demandada, y por eso iba de vez en cuando a las instalaciones. Adicionalmente, la Asistente Administrativa de la época, quien suscribió las certificaciones indicó que las emitió por orden directa del representante legal, y como un favor personal de éste a su amigo, sin que fuera cierto que el actor hubiese laborado en Alquisol S.A.S.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará inicialmente por cuestiones de método, si se dan los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre las partes, para posteriormente establecer, si al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos reclamados.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del

Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015 y SL1420-2018).

Analizado el material probatorio aportado al proceso, fácilmente se puede concluir que le asiste la razón a la *a quo*, por lo siguiente:

Reposan en el expediente certificaciones laborales visibles a folios 15 a 19, en las que se indica que el señor Gabriel de Jesús Vidal Ramírez laboró mediante contrato a término indefinido desempeñando el cargo de asistente de soporte de sistemas desde el 1.º de febrero de 2013 al 1.º de septiembre de 2017, y percibiendo como último salario el de \$2.000.000 mensuales. Igualmente, a folios 20 y 21, reposan comprobantes de pago de nómina de las dos quincenas del mes de marzo de 2015, por valor de \$700.000 cada una.

La demandada, se opuso a la pretensión tendiente a obtener la declaratoria de una relación laboral, alegando que entre el demandante y la entidad accionada nunca existió vínculo de ninguna naturaleza.

Ciertamente, de los testimonios traídos al proceso, todos por parte de la demandada, se puede concluir que entre el demandante y el señor Hugo Fernández Rincón, existió una amistad por la que el demandante acudía a la empresa a visitarlo de manera ocasional. Así lo declararon los señores Yarulesky Mejía Porras, Martha Inés Cantor Galindo, Luz Dary Romero Abarracín y Ángela Rocío Vargas Parra, quienes fueron coincidentes en sus manifestaciones, al indicar con ahínco que laboraron desde la creación de la empresa, que fueron ellos cuatro, junto con el señor Fernández Rincón, los únicos trabajadores de la compañía para la época en que se alega la existencia del vínculo laboral, y que el actor no tenía vínculo alguno con la empresa.

Adicionalmente, Ángela Rocía Vargas Parra, quien aparece firmando las certificaciones laborales antes mencionadas, indicó que lo hizo porque el señor Hugo Fernández Rincón, se lo solicitó como un favor a su amigo, Gabriel de Jesús Vidal Ramírez, y siendo ella quien pagaba la nómina, insistió en que nunca realizó un pago al demandante.

En el mismo sentido, la señora Martha Inés Cantor Galindo, quien afirmó ser la contadora de la empresa desde su creación, enseñó que el demandante nunca estuvo dentro de la nómina.

Así las cosas, aun cuando la Sala no desconoce el criterio jurisprudencial vigente, relacionado con el valor probatorio y la validez de las certificaciones laborales, vertido entre muchas otras en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748, SL, 24 ago. 2010 rad. 34393, SL, 30 abr. 2013 rad. 38666, SL17514-2017 y SL2032-2018, la verdad es que las documentales aportadas no son suficientes

para acreditar la prestación de un servicio personal, y contrario a ello, la demandada cumplió con la carga probatoria necesaria para demostrar una realidad distinta, ya que los testimonios descartan la veracidad del contenido de aquellos documentos, y ante la ausencia de otro medio de prueba que dé soporte a las afirmaciones del actor, la sentencia consultada será confirmada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

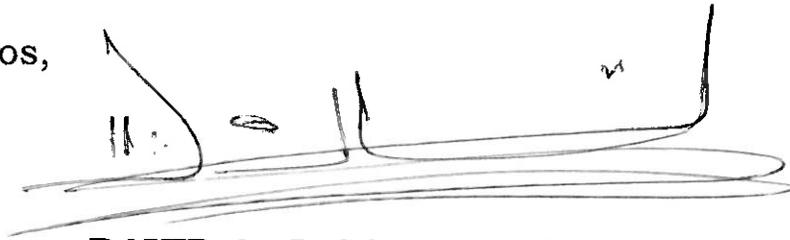
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida el 4 de noviembre de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'A' followed by a horizontal line.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a stylized 'M' and 'C' followed by a horizontal line.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RAÚL CASTILLO SUÁREZ** contra **ASOCIACIÓN PARA LA VIVIENDA POPULAR - SIMÓN BOLIVAR**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00042 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que entre él y la demandada, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el día 3 de marzo de 1990, y culminó el 18 de septiembre de 2018; que ostentaba el cargo de revisor fiscal; que el último salario que devengó fue de \$1.500.000, y que la demandada no le canceló ni las prestaciones sociales, ni los aportes a la seguridad social durante la vigencia del vínculo laboral.

Consecuencialmente, que se condenara a la demandada pago de los siguientes conceptos: prestaciones; pagos a la seguridad social; la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; la indemnización por despido sin justa causa; la pensión sanción; lo que resultare probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicitó que se ordenara a la demanda a consignar en Colpensiones, lo correspondiente a los aportes por concepto pensional, debido a los 10.396 días que laboró para ésta.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el día 2 de marzo de 1989, se vinculó a la demandada en el cargo de revisor fiscal mediante un contrato escrito; que una vez finalizó dicho contrato la relación laboral se hizo más estrecha, por lo que a partir de 1990, se dotó a la revisoría fiscal de una oficina que funcionaba dentro de las instalaciones de la demandada; que desde ese momento, no volvió a suscribir un contrato con la demandada; que desempeñó el cargo de revisor fiscal sin solución de continuidad alguna; que durante los 28 años que estuvo vinculado a la demandada compartió, o usó los servicios de la secretaría, le fueron

suministrados los elementos de papelería, teléfono y equipo; que nunca le fueron canceladas las prestaciones sociales; que el día 18 de septiembre de 2018, renunció a su cargo debido a que la demandada efectuó una operación con la cual no estaba de acuerdo debido al riesgo que representaba para la compañía; que se configuró un despido indirecto; que la demandada no le pagó la liquidación a la que tenía derecho a la finalización del contrato laboral, y que en otras ocasiones, la demandada ya había acudido a la figura de contrato de prestación de servicios para disfrazar lo que en realidad sucedía.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 22 de febrero de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 218).

LA ASOCIACIÓN PARA LA VIVIENDA POPULAR SIMÓN BOLIVAR, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que el demandante nunca ha sido trabajador de la Asociación, y que éste en ejercicio de su profesión de contador público, mediante un contrato de prestación de servicios profesionales, le facilitó sus conocimientos como revisor fiscal a la compañía, con total autonomía, independencia, y sin ninguna subordinación. Indicó que, por dichas actividades, el actor recibió los honorarios que habían sido previamente pactados.

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo del demandado, y pago (f.º 225 - 239).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 13 de marzo de 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la parte demandante.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 3 de marzo de 1990 y el 18 de septiembre de 2018, para luego establecer, si procedía el pago de salarios adeudados, prestaciones sociales, e indemnizaciones.

Manifestó, que el demandante efectivamente había acreditado la prestación personal del servicio, por lo que le correspondía a la parte demandada desvirtuar la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo

En lo que interesa a la alzada, esgrimió, que al efectuar el análisis de las pruebas documentales aportadas por las partes, de los testimonios practicados en el proceso, y del interrogatorio de parte del propio demandante, evidenció que se desvirtuó la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

Lo anterior, por cuanto lo que efectivamente se demostró es que el actor prestaba sus servicios de forma independiente a la sociedad demandada, contrató auxiliares contables para su labor de revisión fiscal, y prestó sus asesorías a otras empresas, cuando también lo hacía para la sociedad demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que el elemento de subordinación en el caso de los revisores fiscales está dado por la Ley, como se desprende de los artículos 207, 208, y 209 del Código de Comercio, y que su función consiste en brindar una orientación legal a la empresa a la que prestan sus servicios, como lo hizo el actor durante 28 años con la demandada.

Aseveró, que dicho elemento también se encuentra probado como quiera que el demandante estaba sometido a la asamblea de la asociación, y que el hecho de que sea empleado de unas empresas no le impide llevar asesorías a otras empresas, y que si ello sucedió en el presente caso, fue porque éstas tenían un vínculo con la demandada.

Expresó, que efectivamente hubo unas personas que prestaron el servicio de auxiliares de contabilidad para el actor durante un tiempo muy corto, pero que no fueron para su apoyo personal sino para el de la empresa, y que el reconocimiento que el actor le hizo a éstos constituía un gasto reembolsable por parte de la demandada.

Finalmente, indicó que no podía otorgársele credibilidad a la testigo de la contraparte, por cuanto la misma se encuentra vinculada a la demandada como trabajadora, y no mediante un contrato de prestación de servicios, como lo afirmó.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar, si con las pruebas arrimadas al proceso, logró acreditarse la subordinación del actor respecto de la empresa en su labor de revisor fiscal.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

No fue objeto de discusión que el día 2 de marzo de 1989, el actor suscribió un contrato de prestación de servicios con la sociedad

demandada, cuyo objeto fue que el demandante prestara sus servicios profesionales como revisor fiscal (f.º 47 - 48 y 291 - 292), y que el día 18 de septiembre de 2018, presentó su renuncia irrevocable a dicho cargo, por no estar de acuerdo con una operación realizada por la demandada, consistente en la creación de una sociedad comercial denominada Trikala S.A.S. (f.º 49), decisión ésta que fue aceptada por la accionada, el día 18 de agosto de 2018 (f.º 50).

En el acervo probatorio allegado al proceso, obran varios documentos que dan cuenta de que el actor efectivamente realizó varias actividades de revisoría fiscal para la demandada, como lo es una solicitud de depósitos a la cooperativa Simón Bolívar de Ahorro Programado de compradores, de fecha de 21 de abril de 1995 (f.º 107); una certificación expedida con destino a la Fiducia B.C.A., del día 15 de agosto de 1998 (f.º 108); memorando de 14 de julio de 1995, en el que el actor analizó si la demandada había aplicado las normas existentes sobre retención en la fuente para la época, entre otros temas (f.º 109 - 110); memorando de 8 de julio de 1996, cuyo asunto fue *“FORMATOS DE FACTURACIÓN”* (f.º 111 - 112); memorando de fecha de 14 de noviembre de 1996, dirigido a la señora Claudia López - Jefe de Proyectos, donde el demandante indica que remite el Balance General y el Estado de Pérdidas y Ganancias a diciembre 31 de 1995, y al 31 de agosto de 1996 (f.º 113); memorando de 18 de diciembre de 1996, cuyo asunto corresponde al *“CIERRE CONTABLE EJERCICIO DE 1996”* (f.º 114 - 118); documento de 6 de abril de 2012, firmado por el representante legal de la demandada para la época, y el actor, mediante el cual se remiten los estados financieros del año 2011 a la Alcaldía de Bogotá (f.º 119); dos citaciones dirigidas al actor, en donde la demandada le solicitó que asistiera a una asamblea ordinaria, y otra para que fuera a una asamblea extraordinaria, del 11 de marzo de 2015, y el 28 de agosto de 2013, respectivamente (f.º 121-122), y un concepto de 9 de febrero de 2018, rendido por el actor

respecto de una operación que efectuaría la demandada (f.º 122 - 123).

Por su parte, el testigo Nelson Ernesto Martínez Pulido aseveró que el demandante tenía asignada una oficina en las instalaciones de la Asociación para la Vivienda Popular Simón Bolívar - para desarrollar sus funciones como revisor fiscal, durante el tiempo en que éste estuvo vinculado a la empresa como contador, y la testigo Noemí Naranjo Moreno indicó que, el actor prestó sus servicios como revisor fiscal a la demandada.

Así, es claro para este sala que, las labores encomendadas al demandante, requerían inexorablemente de su actividad personal, pues debían ser desempeñadas por el mismo. Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si logró desvirtuar la existencia del elemento de subordinación.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que la dependencia del trabajador respecto del empleador, faculta a éste *«para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»*.

Respecto de dicho elemento debe decirse que, en reiterada jurisprudencia nuestro órgano de cierre ha indicado que, la subordinación constituye el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial, y en la reciente sentencia SL-1439 de 2021 aclaró que, *«tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro»*.

No obstante, las pruebas arrimadas al proceso no demuestran la existencia del elemento de subordinación por las razones que se explicaran a continuación.

Del testimonio del señor Nelson Ernesto Martínez Pulido, el cual pretendía favorecer al demandante, no fue posible establecer la existencia de la subordinación, por cuanto no logró acreditar las circunstancias de modo, tiempo o cantidad de trabajo en que le fueron impartidas las órdenes al actor. Esto, debido a que indicó, que el demandante no estaba sometido a un horario fijo por la empresa, y que asistía a la Asociación en la mañana o en la tarde para ejercer sus actividades de forma continua.

Al indagársele sobre si alguna vez se percató de que el demandante recibiera ordenes, se refirió a dos ocasiones, una en que la Asociación le manifestó que debía seguir adelante con una investigación que había iniciado la DIAN, y otra cuando lo envió a Ecuador para que ejerciera la revisoría fiscal en una sociedad de ese país. No obstante, después indicó que no conoció en la forma en que se le remuneraron los servicios prestados por el actor a la empresa del Ecuador, puesto que se trataba de una entidad aparte de la demandada, y que no recordaba haber visto esos pagos, porque el servicio fue prestado a otra empresa.

Por su parte, la testigo Noemí Naranjo Moreno expresó que el actor nunca tuvo un horario de trabajo establecido; nunca demostró su inconformidad con su contrato, y que durante el tiempo en que estuvo vinculado con la asociación prestó sus servicios a otras entidades, como también lo afirmó el testigo Nelson Ernesto Martínez Pulido.

Sobre éste punto, debe decirse que el actor en su interrogatorio de parte admitió que prestaba sus servicios a otras empresas distintas de la demandada, y que lo hacía por ser subordinado de la asamblea de la asociación, pero también señaló que cada una de ellas le pagaba los respectivos honorarios por los servicios prestados, como lo corroboró la testigo Noemí Naranjo Moreno.

En el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la demandada, tampoco se apreció confesión que permitiera inferir la existencia del contrato de trabajo, pues solo afirmó que el actor adelantaba su gestión como revisor fiscal no solo en la asociación sino en otras 8 entidades, incluida la demandada, y que tenía 5 personas contratadas bajo su cuenta y riesgo para tal efecto.

Pese a todo lo anterior, manifiesta el apelante que el elemento de subordinación, en el caso de los revisores fiscales, está dado por la ley como se desprende de los artículos 207, 208, y 209 del Código de Comercio, y que su función consiste en brindar una orientación legal a la empresa.

Al respecto, debe decirse que esta sala no comparte dicha apreciación por cuanto el régimen previsto de los artículos 203 a 217 del Código de Comercio, respecto de los revisores fiscales, dispone la obligación de las empresas de contar con un revisor fiscal, por lo que no es cierto que simplemente ejerzan la función de brindarle una orientación legal a la empresa.

Por su parte, el artículo 213 *ídem*, consagra el derecho de intervención del revisor fiscal en la asamblea y el derecho de inspección, que consiste en que, éste podrá intervenir en las deliberaciones de la asamblea o de la junta de socios, y en las juntas directivas o consejos de la administración, aunque sin derecho a voto,

cuando sea citado a las mismas, así como el derecho inspeccionar en cualquier momento los libros de contabilidad, libros de actas, correspondencia y demás; mientras que el artículo 212 del mismo estatuto, establece la responsabilidad penal del revisor fiscal que autoriza balances o rinde informes inexactos.

Así, en un caso de similares pretensiones al que hoy ocupa la atención de ésta sala, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que los artículos referidos con antelación explicaban el carácter independiente de los revisores fiscales de la administración de la empresa, *«y el origen no subordinado de la prestación de sus servicios, reforzado con el hecho de que el párrafo del artículo 10 de la Ley 43 de 1990, los equipara a la categoría de funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieran en el ejercicio de las actividades propias de su función.»* (SL-19843 de 2017).

El apelante también arguyó, que hubo unas personas que efectivamente prestaron el servicio de auxiliares de contabilidad para el actor durante un tiempo muy corto, pero que no fueron para su apoyo personal sino para el de la asociación, y que el reconocimiento económico que le hizo a éstos constituía un gasto reembolsable por parte de la demandada.

Lo anterior, tampoco es indicativo de la existencia de un contrato de trabajo, como quiera que el artículo 210 del Código de Comercio faculta a lo revisores fiscales a tener auxiliares u otros colaboradores nombrados y removidos libremente por él, que obrarán bajo su dirección y responsabilidad, con la remuneración que fije la asamblea o junta de socios, sin perjuicio de que el revisor tenga auxiliares contratados y remunerados por él, que fue lo que efectivamente sucedió en el presente caso, pese a que el demandante insista en que la remuneración asignada a dichos colaboradores

constituía un gasto reembolsable por parte de la demandada, pues dentro del plenario no obra prueba que de cuenta de ello.

Sobre este tópico el testigo Nelson Ernesto Martínez Pulido, señaló que conoció tan solo un acta, de la cual no recordaba el número, en donde se consignó que se aprobaban los honorarios al revisor fiscal, y gastos reembolsables para los auxiliares administrativos del revisor fiscal, sin que este documento haya sido aportado al proceso ni las cuentas de cobró en donde el demandante afirmó que se encontraban consignados los conceptos correspondientes a gastos reembolsables.

También, en su interrogatorio de parte el demandante admitió que figuraba como el empleador de los auxiliares contables Omar Augusto Puerto Camargo, lo que se puede corroborar con la documental obrante a f.º 244, en donde el demandante le expresó al señor Puerto Camargo de su decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo a término fijo celebrado el día 2 de mayo de 1997; de Ciro Alberto Ardila Flórez, como consta en el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre él, y el actor en calidad de empleador, el día 13 de noviembre de 1996 (f.º 250); la renuncia irrevocable presentada por el trabajador (f.º 246), y su liquidación de las prestaciones sociales (f.º 248); de Luís Gabriel Fernández Tolosa, pues así se desprende del contrato de trabajo celebrado por él, y el actor de fecha de 8 de julio de 1992 (f.º 252), y su liquidación final de prestaciones sociales (f.º 253), y de la señora Martha Lucía Amaya Pioquinto como consta en el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre el demandante y ella, de fecha de 1.º de septiembre de 1993 (f.º 259).

Finalmente, manifestó el apelante que no podía otorgársele credibilidad a la testigo de la contraparte, debido a que se encontraba

vinculada a la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido. Frente a este punto, debe decirse que aún cuando no se tuviere en cuenta el testimonio, lo cierto es que con las demás prueba obrantes en el plenario esta sala arribaría a la misma conclusión del *a quo*, de que entre las partes no existió un contrato de trabajo.

Así las cosas, con base en el material probatorio analizado de manera conjunta al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, considera esta sala que en ningún yerro incurrió el juzgador de instancia al no declarar la existencia de una relación laboral entre el 1.º de enero de 1998 y el 18 de agosto de 2018, pues la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no se demostró la subordinación, ni que el actor ejerciera sus labores en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por la demandada, sino en el ejercicio de las funciones establecidas al revisor fiscal en el Código de Comercio. En consecuencia se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

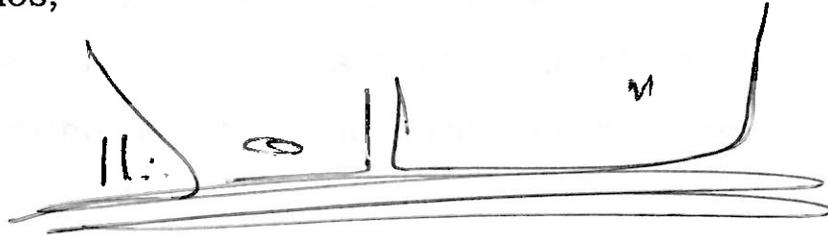
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom. The initials 'D.A.J.' are partially visible on the left side.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'A' followed by a horizontal line and some smaller strokes.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing as a stylized 'M' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA