

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

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ROGELIO ALBERTO BEDOYA PALACIO** contra **ASESORES EN DERECHO S.A.S., OLD MUTUAL S.A., FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.**

**EXP. 11001 31 05 009 2018 00242 01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto 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 y la demandada Federación Nacional de Cafeteros, contra la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2020, por el

Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió él demandante, que se declarara que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; que dicha compañía no efectuó sus aportes a seguridad social conforme a los salarios que realmente devengó, y que el 4 de mayo de 2020, cumpliría los requisitos exigidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, que se condenara a Asesores en Derecho S.A.S., en su calidad de mandataria con representación, del Patrimonio Autónomo Panflota, a expedirle el bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado con la compañía; a Fiduciaria la Previsora S.A., a pagarle a Old Mutual S.A. el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde; a Old Mutual S.A., a tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., para liquidarle su pensión de vejez desde el 4 de mayo de 2020, y a pagársela debidamente indexada, así como los intereses moratorios, y los daños materiales y morales que le fueron generados conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Subsidiariamente, solicitó que se declarara la responsabilidad del Fondo Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., y que se condenara a la Federación Nacional de Cafeteros, a pagarle el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana S.A.; que se declarara la responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como titular jurídico de

la cuenta del Fondo Nacional del Café, de las obligaciones pensionales en su favor, y se condenara a pagarle a Old Mutual S.A., el título pensional o cálculo actuarial al que tiene derecho, y a Old Mutual S.A., a reliquidarle su pensión, debidamente indexada, a partir del 4 de mayo de 2020.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 25 de enero de 1980 hasta el 22 de febrero de 1990, para un total de 509.57 semanas; que el último cargo que desempeñó fue el de “Segundo Ingeniero”, a bordo de los buques de la Flota Mercante; que dentro de la compañía funcionaba el sindicato “*Asociación Nacional de Oficiales de la Marina Mercante Colombiana - ASOMECE*”; que entre la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y ASOMECE, se firmaron varias convenciones colectivas, y se profirieron laudos arbitrales; que era miembro del sindicato ASOMECE; que en laudo arbitral del 16 de junio de 1977, se dispuso que las pensiones de jubilación cuyo derecho se causara a partir del 1.º de agosto de 1977, se liquidarían con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes, y dentro de los límites que estas fijen en moneda colombiana, con el promedio de los salarios devengados en los últimos 12 meses de servicios prestados, y que los trabajadores tenían pactado que las pensiones de jubilación estaban a cargo de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.

Sostuvo, que la Flota Mercante Grancolombiana S.A., no efectuó sus aportes a pensiones del actor sobre las primas extralegales que son salario; que Old Mutual S.A., no ha reclamado el bono pensional, o cálculo actuarial, por el tiempo que laboró en la compañía; que con el tiempo que laboró en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., y en la Armada Nacional, tendría un total de 1399.71 semanas; que el 2

de septiembre de 2015, presentó derecho de petición ante Asesores en Derecho S.A.S. y Fiduciaria La Previsora S.A., y que el 16 de marzo de 2018, radicó reclamación administrativa ante los otros demandados, y que el cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado y no cotizado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., asciende a \$1.068.833.857 (Cuad. n.º 2, f.º 737 - 753).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 19 de junio de 2019, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (Cuad. n.º 2, f.º 755).

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó, que el actor no sostuvo ningún tipo de relación laboral con la entidad, y que no era la llamada a asumir ningún tipo de responsabilidad subsidiaria frente a las pensiones, cálculos actuariales o demás prestaciones económicas solicitadas por el demandante.

Propuso las excepciones de inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, y prescripción (Cuad. n.º 1, pág. 775 - 788).

**ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, se opuso a las pretensiones 1,2 y 4 de la demanda. Indicó, que en el evento de corroborarse los extremos temporales de la relación laboral entre el demandante y la extinta CIFM S.A., durante el periodo comprendido entre el 26 de enero de 1980 y el 22 de febrero de 1990, no existía para la extinta compañía la obligación legal y forzosa de afiliación de los trabajadores marítimos, toda vez que el I.S.S. solo asumió la cobertura de los

riesgos I.V.M. a partir del 15 de enero de 1990. Respecto de las demás pretensiones, manifestó no allanarse ni oponerse, como quiera que estaban encaminadas contra terceros distintos a ella.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM S.A. cerrada, el I.S.S. no había asumido los riesgos I.V.M., imposibilidad jurídica para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia de presupuesto fáctico para la procedencia de cálculo actuarial, prescripción, buena fe, e inexistencia de la obligación (Cuad n.º 1, pág. 814 - 834).

**OLD MUTUAL S.A.**, se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda en su contra. Dijo, que lo que el actor pretende es el reconocimiento de unos periodos que no se encuentra incluidos ni acreditados en su historia laboral pensional, así como la modificación del I.B.L. en algunos periodos, y que ella no era la llamada a responder por estas, por cuanto solo funge como la administradora de fondos de pensiones.

Alegó en su favor, las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación, y prescripción (Cuad. n.º 2, f.º 855 - 876).

**LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, en su condición de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, se opuso a la totalidad de las pretensiones. Esgrimió, que las mismas estaban dirigidas contra un tercero ajeno a ella, es decir, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., y que el demandante nunca había trabajado para ella.

Invocó las excepciones de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, y pago y compensación (Cuad n.º 1, pág. 1237 - 1256).

**FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA**, se opuso a las pretensiones de la demanda. Dijo, que el Patrimonio Autónomo Panflota no está autorizado para reconocer derechos de manera automática, toda vez que, de acuerdo con las estipulaciones del Contrato de Fiducia Mercantil n.º 3-1-0138 de 2006, el actor debe estar dentro del anexo n.º 1, y debe probar que Asesores en Derecho S.A.S., le expidió en su favor, acto de reconocimiento pensional, y que la Federación Nacional de Cafeteros, giró los recursos a su favor para el pago de los dineros reconocidos por la mandataria.

Propuso las excepciones de inexistencia de obligación legal y jurisprudencia de la extinta flota de afiliación obligatoria para la época de los hechos, cosa juzgada, Patrimonio Autónomo de Panflota no es el responsable de obligaciones dinerarias, inexistencia de sustitución patronal, inexistencia de sucesión procesal, cosa no debida, indebida abrogación de potestad legal, indebida pericia sobre prejuicios, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia y falta de pruebas de los perjuicios morales y materiales, y prescripción (Cuad n.º 1, f.º 1285 - 1295).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 25 de septiembre de 2020, declaró que entre el demandante, y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., existió un

contrato de trabajo a término indefinido entre el 25 de enero de 1980, y el 22 de febrero de 1990; condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, y en su calidad de responsable subsidiaria, a trasladar el valor del cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante, por el periodo referido; ordenó a Old Mutual S.A., a elaborar el cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante, teniendo como salario de referencia la suma de \$792.160.65, e igualmente a aceptar su pago por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, ordenó a Old Mutual S.A., que una vez reciba los dineros por concepto de cálculo actuarial, proceda a realizar el estudio y los trámites para el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación respecto de la Fiduciaria La Previsora S.A., Asesores en Derecho S.A.S., y la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y las absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra; absolvió a la Federación Nacional de Cafeteros de las demás pretensiones incoadas en su contra, y la condenó en costas por la suma de \$1.500.000. (Cuad. n.º 1, f.º 1393 - 1396).

Para lo que interesa a la alzada, esgrimió que tan solo con la expedición de la Resolución n.º 3296 de 2 de agosto de 1990, el extinto I.S.S. realizó el llamado a inscripción obligatoria al sistema de los seguros sociales para el personal del mar que laborara en empresas y agencias de transporte marítimo, a partir del 15 de agosto de aquel año, por lo que era claro que la extinta Flota Mercante Grancolombiana S.A., no estuvo llamada a inscripción obligatoria para el periodo comprendido entre el 25 de enero de 1980 y 22 de febrero de 1990, lapso en el cual el actor prestó sus servicios a la extinta compañía.

No obstante, aclaró que conforme a lo dicho por nuestro órgano de cierre, la no cobertura por parte de una decisión administrativa no generaba la pérdida de semanas laboradas para efectos pensionales, pues de ser así el trabajador vería imposibilitado su derecho pensional, y concluyó que las semanas laboradas por el actor eran un derecho irrenunciable independientemente de si la Flota Mercante S.A., estaba llamada o no a realizar las cotizaciones al I.S.S.

Expresó, que el párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con el artículo 68 de la misma norma, previó el traslado de una reserva actuarial que debió mantener el empleador por el periodo laborado por el trabajador, representada en un bono o título pensional con el fin de convalidar esas semanas, motivo por el cual dispuso el pago del cálculo actuarial para el periodo comprendido entre el 25 de enero de 1980 y el 22 de febrero de 1990.

Arguyó, que para elaborar el cálculo actuarial debía tenerse como referencia el último salario base de liquidación percibido por el actor, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto n.º 1887 de 1994, es decir el que él actor percibió para el 22 de febrero de 1990.

Indicó, que los viáticos no debían considerarse factor salarial debido a que con las pruebas arrimadas al proceso no se acreditó que el demandante los hubiese percibido de forma permanente, ni tampoco las primas anuales conforme a lo establecido en el artículo 308 del Código Sustantivo del Trabajo, y lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-9624 de 2017.

Señaló, que en el presente caso se acreditaron los presupuestos de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, por cuanto se evidenció la situación de subordinación de la Flota Mercante S.A., respecto de la Federación Nacional de

Cafeteros, por lo que ésta al ser la matriz de la extinta compañía, le correspondía asumir el cálculo actuarial.

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifestó, que el *a quo* no tuvo en cuenta el hecho de que en la convención colectiva se estableció que las primas extralegales de servicio constituían salario, y que las mismas fueron consideradas como tal, en la liquidación de prestaciones sociales final efectuada por la extinta compañía al actor.

Dijo, que el documento presentado por la Federación Nacional de Cafeteros, obrante de f.º 237 a 247 del expediente, hablaba de la incidencia prestacional de las primas extralegales de servicio, así como que la extinta compañía, en el año 1965, firmó el pacto de Nueva York, en el cual se estableció que se le daría el tratamiento de salario a la prima de servicio, y que la Corte Suprema de Justicia en cumplimiento de dicho pacto, estableció que efectivamente el 8.33% correspondiente a esta prima era salario.

Igualmente, indicó que los viáticos percibidos por el actor también eran salario, de acuerdo con las convenciones colectivas suscritas por la empresa, por lo que el salario que debía tenerse en cuenta para realizar el cálculo actuarial es el que se estipuló en la demanda, esto es \$2110.5., y no el que tuvo en cuenta el *a quo*.

De otra parte, expresó que el actor tenía derecho a recibir su pensión a partir del 20 de marzo de 2020, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 142 de 2006, el Decreto 832 de 1996, y el artículo 64

de la Ley 100 de 1993, disposiciones que indican que la administradora de pensiones debe reconocer una pensión mínima al afiliado, hasta que reciba la totalidad de los aportes para efectuar el cálculo actuarial, y no reconocer el derecho a la pensión hasta que reciba el dinero faltante, pues eso generaría un enriquecimiento ilícito en favor del fondo de pensiones, en este caso Old Mutual S.A, tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia.

También, señaló no estar de acuerdo con la decisión del *a quo* de absolver a Asesores en Derecho S.A.S. ni a Fiduciaria La Previsora S.A., debido a que a la primera le correspondía emitir el acto administrativo para que la segunda, le pida el dinero para la realización del cálculo actuarial, y continúe con el trámite ante Old Mutual S.A.

Respecto del Ministerio de Hacienda señaló, que no podía sacarse del presente proceso, como quiera que el artículo 4.º de la Ley 66 de 1942 dispuso que el Estado colombiano sería quien asumiría las deudas pendientes del Fondo Nacional del Café.

Finalmente, manifestó que todas las demandadas debían ser condenadas en costas, y que la condena de \$1.500.000 por dicho concepto a la Federación Nacional de Cafeteros, no se acompasaba con su actuar de dilatar injustificadamente estos procesos, por lo que debía ser condenada a una suma muchísimo más superior.

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Señaló, que en el expediente obraban suficientes elementos probatorios que evidenciaban la no configuración de la responsabilidad subsidiaria respecto de ella.

Expresó, que en estos casos su función consistía en trasladar al Patrimonio Autónomo Panflota una serie de recursos económicos, y no pagar cálculos actuariales o títulos pensionales.

Dijo, que conforme al Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado n.º 3007, del 15 de febrero de 2001, no le correspondía a ella asumir las obligaciones insolutas en materia pensional por parte de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., aunado a que la desafortunada situación en la que se vio inmersa dicha compañía, no tuvo que ver con una decisión adoptada por ella en virtud de una situación de control pues lo que ocurrió fue consecuencia de una serie de factores externos.

Indicó, que no podía olvidarse el hecho de que la relación laboral del demandante con la extinta compañía terminó en febrero de 1990, y que la Corte Suprema de Justicia, en sendos salvamentos de voto, ha dejado sentado que si la relación laboral concluyó con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e inclusive al llamado de afiliación efectuado por el extinto I.S.S., bajo ninguna circunstancia se podría entender que la responsabilidad individual de empleador debía extenderse a obligaciones más allá de las que se encontraban establecidas en su cabeza durante la vigencia de la relación laboral.

Agregó, que como el actor se encuentra afiliado a un fondo privado, el precedente acogido por la *a quo* para dirimir la presente controversia, no era aplicable al presente caso.

Solicitó, que de no ser revocada la sentencia en su totalidad, se tuvieran en cuenta otras soluciones para modular o modificar la condena que le fue impuesta, como por ejemplo la acogida por la Corte Constitucional, en sentencias T-435 de 2014, y T-543 de 2015, en las que se estableció que los empleadores que debían hacerse cargo de las obligaciones pensionales, lo harían teniendo en cuenta el valor del salario mínimo para la época en que el trabajador prestó sus servicios.

Señaló, que, bajo ninguna circunstancia debía tenerse en cuenta para efectuar el cálculo actuarial el último salario devengado por el actor, sino el salario devengado para cada uno de los periodos de trabajo, así como que el único concepto que debía tenerse en cuenta para realizar el cálculo era el salario básico.

Solicitó, que se autorizara el descuento del porcentaje de cotización atribuible al trabajador en virtud del principio de solidaridad del sistema de seguridad social, que le impone al trabajador una obligación contributiva de financiamiento de las cotizaciones, así como el descuento de licencias no remuneradas y las sanciones que tuvo el actor durante 115 días, pues con la no prestación del servicio no hay lugar a realizar cotización alguna.

## **V. CONSIDERACIONES**

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar si en el presente caso resultaba procedente ordenar el cálculo actuarial deprecado, y en

caso afirmativo, en qué condiciones debe ordenarse el respectivo pago y la responsabilidad que le asiste a cada una de las demandadas en esa obligación.

La Sala encuentra fuera de discusión, que el actor laboró al servicio de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. por el tiempo comprendido entre el 25 de enero de 1980, y el 22 de febrero de 1990, extremos temporales tenidos por el Juez de primera instancia, sin que fueran objeto de impugnación, y que el último cargo que desempeñó fue el de Segundo Ingeniero, como se extrae tanto del libelo genitor, como de la documental vista a folio n.º 582 a 584 del cuaderno n.º 2 del expediente. También que la empleadora no realizó aportes a pensión a favor del actor desde el inicio de la relación de trabajo hasta el 22 de febrero de 1990.

### **DEL CÁLCULO ACTUARIAL**

Sea lo primero indicar que la afiliación de trabajadores particulares a la seguridad social en pensiones surgió desde la Ley 90 de 1946, cuando se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, con el fin de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

Debido a que esa entidad tardó en asumir tales coberturas y bajo el entendido de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones por parte del empleador, éste asumía la obligación pensional conforme a lo establecido en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo.

En torno al tema objeto de debate, desde la sentencia CSJ SL9856-2014, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtió que si bien la cobertura del I.S.S. fue gradual y

progresiva, el empleador tenía responsabilidades y obligaciones con relación a los períodos efectivamente laborados por el trabajador, pues la ley no lo excluyó de ese gravamen y los tiempos laborados respecto de quienes no tenían la obligación de afiliación, debe sumarse para el reconocimiento de la pensión de vejez:

*“Estima esta Corte que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.*

*Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.*

[...]

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

Aunado a lo anterior, sostuvo en sentencias CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, que *mientras el derecho pensional esté en formación*, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, tampoco está sometida a prescripción, pues son parte fundamental para la financiación y consolidación del derecho a la pensión.

Posición que ratificó en sentencia CSJ SL4103-2017, en la cual señaló que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que *“(...) ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social”* (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015).

Además, ha precisado la jurisprudencia, que la falta de afiliación del trabajador da lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones. Y respecto a la aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de pensiones, bajo la idea de que son derechos en formación, que aquellos tienen *“(...) el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.”* (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015).

Por lo anterior, es claro que no le asiste razón a la Federación Nacional de Cafeteros, por cuanto si bien no era obligatorio efectuar aportes pensionales en el lapso de vinculación laboral del actor como trabajador de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., ello no eximía de la obligación de responder por los períodos en que no se realizaron las cotizaciones respectivas, como quiera que la extinta entidad, era responsable del pago de las prestaciones patronales, hasta tanto se subrogó el riesgo pensional.

De ahí, que en el presente caso hay lugar a disponer el pago del cálculo actuarial con destino a Old Mutual S.A., desde el 25 de enero de 1980, hasta el 22 de febrero de 1990, lapso en el que no se

efectuaron aportes pensionales, sin que tal orden lleve implícita el pago de una sanción o intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1887 de 1994, que lo reglamentó, determinando la forma en la que se obtiene el respectivo cálculo, como lo realizó el *a quo*, por lo que sobre este punto se **confirmará** la sentencia apelada.

Frente a la inconformidad planteada por la Federación Nacional de Cafeteros, relativa a que en el pago del cálculo actuarial, se debe tener en cuenta solamente el porcentaje que le correspondía al empleador, baste con señalar que en el caso de autos no se probó que durante la vinculación laboral del demandante con la Flota Mercante se le hicieran los descuentos correspondientes para tal fin, pese a que el empleador era el obligado a recaudarlos; así como tampoco, que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social, mientras entraba en vigencia éste, pues si bien el llamado de afiliación para los trabajadores marítimos se dio con la Resolución n.º 03296 del 2 de agosto de 1990 (Cuad. n.º 1, f.º 813, CD), esto no significaba, que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues lo único que se prorrogó, fue el traslado de las cotizaciones al I.S.S., lo cual como se vio no se hizo, por ello deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial en las condiciones expuestas por el Juez *a quo*, **confirmándose** su decisión.

Ahora, para dar alcance a la apelación presentada por la parte actora, se precisa que quien debe realizar la proyección del cálculo actuarial es la Administradora de Fondo de Pensiones demandada, en este caso Old Mutual S.A., pues aunque el Decreto 1887 de 1994, no establece de manera perentoria al responsable de tal acto, se tiene

que, es el ente de seguridad social quien aprueba finalmente la liquidación que se presente por parte del empleador

## **SALARIO PARA EFECTOS DEL CÁLCULO ACTUARIAL Y SU ELABORACIÓN**

En lo atinente al salario que debe tenerse en cuenta para realizar el cálculo actuarial al que se condenó y respecto del cual no está conforme el apoderado del demandante ni el de la Federación Nacional de Cafeteros, en tanto, el primero señala que debe tenerse en cuenta como factor salarial, para efectos de realizar el cálculo la prima legal extra servicios y los viáticos, y el segundo alude que debe tenerse en cuenta el mínimo legal mensual vigente, se pasa a resolver.

El Decreto 1887 de 1994, a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señala en el parágrafo de su artículo 4º, en cuanto al salario que se debe tomar para ésta operación aritmética, que “(...) *Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 **el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.***”

Conforme a lo anterior, considera la Sala que al hacer una interpretación extensiva de la norma transcrita para el caso de los trabajadores que no se encontraban vinculados al 31 de marzo de 1994, el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe ser el último que sirvió como base de liquidación para cotizar en pensiones mientras estuvo vigente el vínculo laboral, esto es, para el 22 de febrero de 1990, que como bien lo adujo la *a quo* asciende a la suma de \$1741.51 dólares, teniendo en cuenta la liquidación de prestaciones sociales obrante a f.º 688 de cuaderno n.º 2 del expediente, y la interpretación de las cláusulas contenidas en la

Convención Colectiva - ASOMECA, suscrita en marzo de 1988 (Cuad. n.º 2 f.º 630 - 668), valor éste (\$1741.51) que de acuerdo con la tasa representativa del mercado vigente para esa época corresponde a 792.160.65, sin que sea dable incluir los viáticos y la prima extralegal de servicios, como quiera que no hay prueba alguna dentro del expediente que de cuenta de que el actor percibió los viáticos que alega de forma permanente, aunado a que la cláusula 4.º de la referida Convención señala que los mismos serían reconocidos en especiales circunstancias, como al momento en que el trabajador tuviese que permanecer en tierra por cuenta de la empresa, o porque después de terminado su periodo de vacaciones se puso a órdenes de la misma, y esperaba su reembarco, o porque hubiere sido trasladado a otra unidad, o porque la empresa le dio la orden de trasladar nuevas unidades.

Valga resaltar, que el hecho de que la referida cláusula indique que el 75% de los viáticos que percibiera el trabajador serían tenidos en cuenta por la empresa para el cómputo de las prestaciones sociales, no les atribuye en sí el carácter salarial, como lo concluyó el *a quo*, pues se itera que los mismos no fueron recibidos de forma permanente, si no únicamente cuando se configuraba una de las situaciones previstas en la Convención Colectiva ya indicadas con antelación (Cuad. n.º 2 f.º 549).

Respecto de la prima legal extra-servicios, debe decirse que la misma se encuentra establecida en la cláusula decimoséptima de la Convención Colectiva de marzo de 1988 (Cuad. n.º 2, f.º 642), en la cual no se estableció que la misma tuviera carácter salarial como lo alegó el actor en su escrito de demanda, como quiera que sobre la misma se consagró que se pagaría los meses de junio y diciembre de cada año el valor correspondiente a dos mensualidades salariales. Por

lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

## **RESPONSABILIDAD DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**

Se observa que mediante Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, la Superintendencia de Sociedades de Bogotá, declaró extinguida la persona jurídica Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. En Liquidación Obligatoria (Cuad. n.º 2, f.º 354 - 380); y que mediante contrato de fiducia mercantil n.º 3-1-1-0138 celebrado entre la citada empresa (CIFM) y la Fiduciaria La Previsora S.A., para la administración del Patrimonio Autónomo PANFLOTA se acordó como parte de las obligaciones la administración del pasivo pensional y las contingencias jurídicas en curso (Cuad. n.º 2, f.º 1259, CD).

Ahora, acerca de la condición de sociedades matriz y subordinada, importa destacar que, los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, prevén que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante.

Además, según lo normado en el parágrafo del artículo 148 de la misma preceptiva, vigente para la época en que se ordenó la liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., *“Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa*

situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente”.

Presunción legal, que admite prueba en contrario; siendo claro, que la carga de esta radica en cabeza de la sociedad matriz o controlante, quien debe acreditar que la situación de concordato o liquidación obligatoria, de la empresa subordinada o controlada, se produjo por causa distinta a las enunciadas en la norma.

Lo que se acompasa con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1997, donde señaló que de acuerdo con el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, existe una presunción legal de *“responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante frente a las obligaciones que adquiera la sociedad subordinada”*, presumiéndose que la situación de concordato o liquidación acaeció por causa de la sociedad matriz o controlante, cuyas decisiones buscaban el beneficio propio, aún en contra de los intereses de la sociedad subordinada, precisamente, por el control que ejercía la primera sobre la segunda; y en la que a su vez, se explicó que no se trata de un tipo de responsabilidad principal sino subsidiaria, entendida esta como que *“la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada”*.

En tal sentido, se advierte que la calidad de empresa matriz o subordinante de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., es fácilmente extraíble de la comunicación del 29 de abril de 1998, oportunamente anotada en el registro mercantil, en virtud de la cual se informó a la Cámara de Comercio de Bogotá, que *“en condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste, la Federación tiene el ochenta por ciento (80%) de las acciones de la sociedad actualmente denominada Compañía de Inversiones de*

*la Flota Mercante S.A. (...) Dado lo expresado en el punto anterior, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se encuentra en la situación de subordinación establecida en el por el (sic) artículo 27 de la Ley 222 de 1995, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en tanto ésta obra en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, por cuanto, en la condición dicha, es titular del más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la mencionada sociedad anónima. Por lo tanto, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. es una filial de la Federación, en cuanto ésta obra como administradora del Fondo Nacional del Café. En consecuencia, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, mediante el presente documento se procede a inscribir en el registro mercantil la mencionada situación de control” (Cuad n.º 2, f.º 17 - 28).*

Así como a la certificación emitida por la Contadora General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia - Fondo Nacional del Café, el día 3 de diciembre de 1988, en la que se indicó que “(...) el Fondo Nacional del Café es accionista de la Flota Mercante Grancolombiana de Inversiones de la Flota Mercante, con una participación del 80,07%, representada en 4.720.501.800 acciones Clase A, expedida a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros como Administradora del Fondo Nacional del Café”. (Cuad n.º 2, f.º 35).

De lo anterior, se tiene que contrario a lo afirmado en la alzada era del resorte de la Federación acreditar que en efecto la liquidación de su subordinada no fue atribuible a sus acciones y decisiones como matriz, situación que se encuentra desprovista de respaldo probatorio en el plenario, como se pasa a ver.

La Federación Nacional de Cafeteros, alega en el escrito de contestación como principal argumento para ser eximida de la responsabilidad subsidiaria, que el infortunio empresarial de la CIFM obedeció a las decisiones asumidas por el Estado mediante los Decretos 501 de 1990 y 2327 de 1991, que dispusieron la supresión de la “reserva de carga” que la benefició hasta ese momento,

consistente en tener la exclusividad para transportar el 50% de la carga entrante y saliente del territorio nacional (Cuad n.º, f.º 1238), afirmación que apoya en el *“Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana”*.

En tal sentido, se considera que la encartada intenta relevase de cualquier responsabilidad con fundamento en una decisión gubernamental anterior a su adquisición de la mayoría accionaria de la CIFM, y que adicionalmente, sólo afectó el negocio naviero que no fue asumido por esta nueva empresa, ya que el mismo estudio indica que en el año 1997, la Flota Mercante Grancolombiana abandonó la prestación del transporte marítimo y, paralelamente al ingreso de la Federación Nacional como accionista mayoritaria, se transformó en la CIFM con el objeto de concentrar su actividad económica en la administración de inversiones que le reportaran utilidades a partir de ese instante.

Adicionalmente, el estudio referido no permite arribar a la conclusión que hace el recurrente, toda vez que si bien es cierto allí se indica que la terminación de la reserva de la carga fue uno de los factores que acentuó el decrecimiento en los ingresos operativos, no fue el único ni el determinante de la liquidación de la sociedad, pues incluso durante los 13 años precedentes a la abolición de aquella prerrogativa (1979 – 1991), la participación de la Flota Mercante Grancolombiana en el comercio exterior de Colombia fue disminuyendo progresivamente, debido a otros factores como la devaluación del peso frente al dólar, la reducción de las tarifas de los fletes internacionales y el auge del transporte multimodal frente a la precariedad de su flota, lo cual conllevó inclusive, a que el comercio exterior del país creciera en la misma medida que el volumen movilizado por la FMG disminuía, pese a la existencia de la reserva de carga.

Así mismo, se refiere entre las diversas causas de la liquidación de la CIFM, algunas inversiones o decisiones que no produjeron los resultados esperados por ésta en materia de capitalización, correspondientes a: *i)* la asunción de las pérdidas generadas por la empresa Transportación Marítima Grancolombiana (TMG), a la cual se adhirió como socia minoritaria (40%) tras reformar sus estatutos y abandonar la actividad de transporte marítimo; *ii)* la negativa de su accionista principal (FNCC) a las soluciones de inversión y capitalización propuestas en el año 1998, para en su lugar, privilegiar la capitalización del Banco Cafetero con recursos del Fondo Nacional del Café; *iii)* el retardo en la venta de las acciones de ACES S.A., por circunstancias ajenas a la CIFM, cuya compra oportuna por un inversionista extranjero se vio frustrada, y; *iv)* el apoyo económico dado por la CIFM a algunas de sus empresas subsidiarias, pertenecientes al grupo de transporte multimodal que existía antes de su renuncia al transporte marítimo, y que no le reportaron utilidades a partir de su transformación en una Compañía de Inversiones.

De esta manera, queda evidenciado que la eliminación por mandato legal de la reserva de carga, además de ser un hecho anterior al ingreso de la Federación Nacional de Cafeteros como socio mayoritario de la CIFM, ni siquiera es la causa que generó el descalabro económico de esta última, pues se considera que al contar aquella con el 80% de la propiedad accionaria de la CIFM, ello le significó asumir una representación mayoritaria en su Junta Directiva, y por ende, controlar el poder decisorio de ese órgano conforme a lo establecido en el artículo 437 del Código de Comercio, por lo que las consecuencias favorables o adversas en materia económica de los actos ejecutados por la CIFM, son imputables a la Federación Nacional de Cafeteros por vía de acción u omisión.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en sentencia SU-1023 de 2021, la Corte Constitucional, puso de presente lo siguiente:

*“(...) Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante están a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia.*

Por lo explicado hasta aquí, resulta suficiente para concluir que hay lugar a confirmar la decisión de primer grado en cuanto declaró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, como administrador del Fondo Nacional del Café.

### **RESPONSABILIDAD DE FIDUPREVISORA S.A. Y ASESORES EN DERECHO S.A.S.**

Como quiera que demandante alegó en su recurso de apelación que éstas demandadas debían ser condenadas, debido a que cada una tiene una responsabilidad que cumplir para efectos de la elaboración de su cálculo actuarial, debe decirse que de acuerdo con el Contrato de Fiducia que reposa en el CD, obrante en el f.º 1259, del cuaderno n.º 2, se observa que en el mismo se planteó que el patrimonio autónomo que nació como consecuencia del encargo fiduciario sólo puede ser destinado para el pago de mesadas pensionales y contingencias jurídicas que de manera expresa se hubieran entregada a la fiduciaria.

A este respecto, en la cláusula segunda del contrato de fiducia, el objeto quedó pactado de la siguiente manera: *“El objeto del presente*

*contrato es la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO Por parte de la fiduciaria el cual se denominará Fideicomiso "PANFLOTA" con los recursos y bienes que le sean transferidos por el FIDEICOMITENTE al momento de la celebración del presente contrato, y los recursos que posteriormente le sean transferidos acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre la contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos".*

A su turno, de conformidad con la cláusula cuarta del contrato, atendiendo al objeto contractual así acordado, la obligación expresa que surgió en cabeza de la fiduciaria se ciñó al pago de mesadas pensionales a los pensionados de la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., de modo que no puede hacerse extensiva al pago de títulos pensionales o cálculos actuariales, toda vez que la única modificación que se introdujo con el otro sí, consistió en que el patrimonio autónomo constituido, también estaría destinado al pago de aportes de salud a las E.P.S., de modo que atendiendo a los expresos lineamientos contenidos en la sentencia SU-1023 de 2001 antes citada, es la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café la llamada a responder por las condenas aquí impuestas en virtud de la responsabilidad subsidiaria declarada por el *a quo*.

Lo anterior, por cuanto Asesores en Derecho S.A.S., tampoco está llamado a responder patrimonialmente en la medida que a voces del objeto de que trata el contrato n.º 264 del 21 de agosto de 2014, dicha sociedad únicamente tiene como finalidad el de atender solicitudes y tramites de los ex trabajadores y pensiones de la C.I.F.M. más no realizar pagos por obligaciones que estén a cargo de la Federación. Acorde con lo expuesto no habría lugar a condenar a las demandadas Fiduprevisora S.A.S. y Asesores en Derecho S.A.S., ni a la Nación - Ministerio de Hacienda, como lo pretende el demandante.

## **DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL**

Ahora bien, respecto de la solicitud del actor de que le sea reconocida la pensión de vejez, a partir del 4 de mayo de 2020, debe precisarse que lo correcto es que una vez que Old Mutual S.A., reciba la totalidad del valor del cálculo actuarial por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, y se vean reflejados dichos valores en su historia laboral, podrá el actor solicitar ante dicha fondo, el eventual reconocimiento y pago de la pensión de vejez que aquí pretende, potísima razón por la que no accederá al reconocimiento pensional.

## **CONDENA EN COSTAS**

Frente al monto de la condena en costas dispuestas a favor del actor, debe decirse que de conformidad con el numeral 5º del artículo 366 del Código General del Proceso, no es esta la oportunidad para controvertir el monto de las agencias en derecho, pues las mismas solo pueden ser discutidas mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, siendo extemporáneo el recurso sobre ese puntual aspecto en esta etapa procesal.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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:**

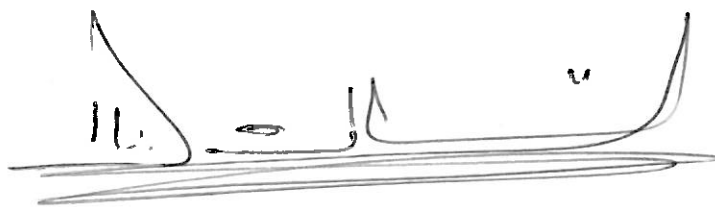
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2020, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**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,



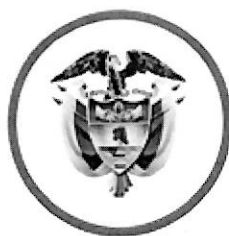
**DAVID A. J. CORREA STEER**



**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 **CARLIN JOSÉ BASTIDAS MEJÍA** contra **FUNDASALUD I.P.S. EN LIQUIDACIÓN.**

**EXP. 11001 31 05 015 2018 00130 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto 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 14 de octubre de 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara que el día 16 de marzo de 2015, entre él y Fundasalud I.P.S. en liquidación, se celebró un contrato de prestación de servicios, para desempeñar el cargo de médico familiarista.

Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de los honorarios profesionales, por un valor de \$57.655.000, debidamente indexado, correspondiente a los meses de abril, mayo, junio, julio y agosto de 2016, y de los intereses moratorios liquidados a la tasa fluctuante certificada por la Superintendencia Financiera, desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, hasta que se verificara su pago total.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el día 16 de marzo de 2015, celebró un contrato de prestación de servicios profesionales en especialidad de médico familiarista con FUNDASALUD I.P.S., cuyo objeto fue la prestación de sus servicios profesionales, y que en la cláusula tercera del mismo se estableció que la empresa le pagaría por la vigencia del contrato, \$70.000 por hora laborada, pagaderos mensualmente, previa la presentación de la cuenta de cobro correspondiente.

Sostuvo, que para los meses de abril, mayo, junio y julio de 2016, presentó su cuenta de cobro por los servicios prestados en las I.P.S. ubicadas en Soacha, Bosa, y Fundación Simón Bolívar, sin que las mismas fueran efectivas; que ante el reiterado incumplimiento de la demandada, decidió dejar de prestar sus servicios, y que desde ese momento hasta la actualidad, ha realizado la gestión de cobro por vía telefónica en diferentes dependencias de la empresa, sin que le hayan prestado la debida atención.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 3 de mayo de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 36). Posteriormente, mediante auto de 18 de junio de 2019, el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, designó como curador *ad litem* de la demandada a la Doctora Alexandra Aponte Mojica, por desconocerse el domicilio de la demandada (f.º 51)

**FUNDASALUD I.P.S. EN LIQUIDACIÓN**, no se opuso, ni se allanó a las pretensiones incoadas en su contra, y propuso la excepción genérica de que trata el artículo 282 del Código General del Proceso (f.º 54 - 55).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 14 de octubre de 2020, declaró que entre el demandante y la demandada, existió un contrato de prestación de servicios por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2015, y el 30 de junio de 2015; absolvió a la demandada Fundación Para la Salud y la Vida Fundasalud I.P.S. en liquidación, de todas las demás pretensiones invocadas en su contra, y condenó en costas a la parte demandante.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si se había generado el pago de honorarios en favor del actor, en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales, suscrito con FUNDASALUD I.P.S. en liquidación.

Indicó, que conforme a la cláusula tercera del referido contrato, la demandada debía pagarle la suma de \$70.000 por hora laborada, pagaderos mensualmente, y que le correspondía al actor presentar la cuenta de cobro con todos los requisitos legales, la cual debía ser avalada por el director de la I.P.S. en donde prestara el servicio.

Señaló, que de acuerdo con el artículo 167 del Código General

del Proceso, le correspondía al demandante acreditar la prestación efectiva del servicio por horas para el que fue contratado por la I.P.S. demandada.

Esgrimió, que dentro del plenario únicamente obraban como pruebas de la prestación del servicio del demandante en alguna de las I.P.S. que señaló en la demanda, las cuentas de cobro elaboradas por él mismo, y lo que manifestó en su interrogatorio de parte, en las cuales no podía basarse para emitir una decisión favorable al actor, en virtud del principio de que nadie puede fabricar su propia prueba.

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

Expuso, que el actor presentaba sus cuentas de cobro, las cuales simplemente eran recibidas por una persona y tramitadas internamente, por cuanto los médicos no tenían contacto directo con quien autorizaba su pago, y que el único llamado a realizar las mismas era el demandante y nadie más, en virtud de lo establecido en el clausulado del contrato.

Dijo, que si bien era cierto que dentro del plenario no había prueba alguna que constatará que el actor laboró 68 horas en un mes, y 70 horas en otro mes, tampoco existía una prueba que dijera que no había sido así, y que debía tenerse en cuenta el hecho de que no fue posible interrogar a la demandada en el presente proceso, para que admitiera que el actor efectivamente laboró por las horas que aún le adeudan.

Arguyó, que no podía desconocerse que en el contrato de prestación de servicios se pactó que el demandante debía presentar debidamente contabilizadas sus horas, y que así lo hizo, como se

evidenciaba en el cuadro mensual de horas laboradas por él en Soacha, Bosa y Ciudad Bolívar.

Manifestó, que con las pruebas arrimadas al proceso se había dado plena aplicación a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, como quiera que el contrato de prestación de servicios, el requerimiento que le efectuó la I.P.S., y las cuentas de cobro elaboradas por él, daban cuenta de que efectivamente había prestado sus servicios en Soacha, Bosa y Ciudad Bolívar.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problemas jurídicos, verificar si el demandante **i)** logró acreditar la prestación de sus servicios profesionales en favor de la demandada durante la vigencia del contrato de prestación de servicios, **ii)** y de ser así, si la demandada esta obligada al pago de los honorarios pactados en el clausulado contractual.

Dentro del plenario, no fue objeto de discusión que entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales el día 16 de marzo de 2015, cuyo objeto fue el siguiente: *“Por virtud del presente contrato, el contratista se obliga para con LA EMPRESA a prestar los servicios profesionales de MÉDICO FAMILIARISTA”,* y que la duración del mismo se pactó desde el 16 de marzo de 2015, hasta el 16 de marzo de 2016 (f.º 15 - 17).

Igualmente, obra dentro del expediente certificación laboral expedida por la demandada, en donde se indica que el actor laboró para ella, mediante un contrato por prestación de servicios desde el 16 de marzo de 2015, hasta el 30 de julio de 2015, en el cargo de médico familiarista (f.º 20), y un total de 10 cuentas de cobro,

elaboradas por el demandante, por cuanto se encuentra firmadas por él, realizadas entre el 1.º de abril de 2015, y el 24 de julio de la misma anualidad (f.º 21 - 30).

De otro lado, en el interrogatorio de parte el actor admitió no recordar el año en el cual prestó sus servicios a la empresa demandada, y que laboró por un total de 3 meses y medio en ella, pese a que en el escrito de demanda reclamó el pago de los honorarios causados por un total de 5 meses, esto es abril, mayo, junio, julio y agosto de 2016.

Así, observa esta sala que hay una contradicción respecto de lo pretendido en la demanda, y las pruebas que obran en el expediente, como quiera que el actor solicitó en su escrito de demanda que le fueran pagados los honorarios causados en los meses referidos del 2016, cuando el acervo documental aportado por él mismo, principalmente el contrato de prestación de servicios, dan cuenta de que fue contratado para ejercer como médico laboralista en la I.P.S. demandada, entre el 16 de marzo de 2015, y el 16 de marzo de 2016 (f.º 15 - 17), esto es con antelación a los periodos sobre los cuales reclama el pago de honorarios.

No obstante, sin en gracia de discusión se considerara que lo que el actor pretende es el reconocimiento de los honorarios causados para el año 2015, como en efecto lo hizo el *a quo*, por cuanto todas las pruebas aportadas por él, datan de dicha anualidad, lo cierto es que sus pretensiones tampoco estarían llamadas a prosperar, como quiera que éstas probanzas no logran demostrar que efectivamente realizó la actividad para la que fue contratado, por los motivos que se explicarán a continuación.

En la cláusula tercera del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, se dispuso: *“TERCERA. VALOR Y FORMA DE PAGO. LA EMPRESA pagará al CONTRATISTA, por la vigencia de presente*

*contrato, la suma de setenta mil pesos M/CTE (\$70.000) POR HORA LABORADA, pagaderos mensualmente, previa la presentación de cuenta de cobro correspondiente con todos los requisitos legales, y la relación de horas efectivamente trabajadas, debidamente avalada por el correspondiente director de la IPS donde se preste el servicio” (f.º 15).*

De la referida cláusula, se desprende que a quien le correspondía realizar las cuentas de cobro era al demandante, como lo afirmó el recurrente, no obstante, no hay constancia de que estas hubiesen sido aceptadas o aprobadas por la I.P.S. demandada, debido a que ninguna de ellas se encuentra firmada por ella, pese a tener estas una casilla de “ACEPTADA”, que debía ser diligenciada por la demandada.

También, se indica en la citada cláusula que el actor debía presentar la relación de horas trabajadas, debidamente avalada por el correspondiente director de la I.P.S., relación que no fue anexada a ninguna de las cuentas de cobro que se aportó al expediente (f.º 21 - 30).

De otra parte, indicó él apelante que la prestación efectiva del servicio para el que fue contratado el actor se demostraba con el cuadro mensual de horas laboradas en las I.P.S. ubicadas en Soacha, Bosa, y Fundación Simón Bolívar, el cual tampoco fue aportado al proceso.

Así las cosas, concluye esta sala que las pruebas obrantes en el expediente, carecen de fuerza persuasiva para demostrar la prestación efectiva del servicio para el que fue contratado el actor, y la causación de honorarios en su favor, máxime si se tiene en cuenta que las mismas, esto es las cuentas de cobro fueron elaboradas por él.

Al respecto, resulta oportuno traer a colación lo indicado en sentencia de 4 de septiembre de 2002, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia rad. 16168, en donde se dijo que *“el documento en que se expresa por una de las partes la ocurrencia de un hecho que le favorece, no es prueba de su existencia, porque ello iría contra el principio según el cual la parte no puede fabricar su propia prueba”*, y en la CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31637, dijo: *«[...] no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio»*.

Así las cosas, comparte esta sala la apreciación hecha por el *a quo*, de que ni las cuentas de cobro aportadas por él actor, ni lo manifestado por él en su interrogatorio de parte, tienen la virtud de acreditar la prestación del servicio del actor, y la causación de honorarios, pues de los anteriores derroteros jurisprudenciales se colige que a nadie le es permitido constituir su propia prueba.

Por lo anterior, arriba esta sala a la misma conclusión del *a quo* de que la parte actora no logró demostrar los hechos soporte de sus pretensiones por lo que ante la total orfandad probatoria, no queda otro camino que **confirmar** 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 14 de octubre de 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**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,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

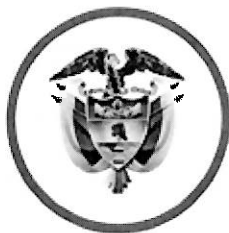
**DAVID A. J. CORREA STEER**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez Ávila', written in a cursive style.

**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 **ERIKA JOHANA TRIANA LOSADA** contra el **EMPLOYMENT SOLUTIONS S.A.S.** y **LITIGAR PUNTO COM S.A.S.**

**EXP. 11001 31 05 015 2019 00079 01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara que el día 18 de enero de 2017, suscribió un contrato de trabajo de obra o labor con la Empresa de Servicios Temporales Employment Solutions S.A.S., el cual finalizó el día 30 de enero de 2017, y que desempeñó sus laborales bajo la subordinación de Litigar Punto Com S.A.S., en el cargo de auditora de dicha empresa.

En consecuencia, que se condenara a Employment Solutions S.A.S, y solidariamente a Litigar Punto Com S.A.S., al reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudas por el lapso comprendido entre el 18 de enero de 2017, y el 30 de enero de 2017, y a la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 18 de enero de 2017, suscribió un contrato de trabajo de obra o labor con la empresa Employment Solutions S.A.S.; que dicha empresa le informó que debía presentarse en las instalaciones de Litigar Punto Com S.A.S., debido a que allí prestaría los servicios; que el cargo que desempeñó, bajo la subordinación de Litigar Punto Com S.A.S., fue el de auditora; que el último salario que devengó fue de \$801.179, y que durante el lapso comprendido entre el 19 y 30 de enero de 2017, las demandadas no le efectuaron el pago de su salario, ni de las prestaciones sociales a las que tenía derecho (f.º 1 - 11).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de marzo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 47).

**EMPLOYMENT SOLUTIONS S.A.S.**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Manifestó, que la demandante ya no era trabajadora en misión de la

empresa, por lo que carecía de legitimación en la causa por activa en el presente proceso.

Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, falta de legitimidad en la causa por activa, falta de obligatoriedad del pago de salarios por no prestación personal del servicio, falta de obligatoriedad del pago de prestaciones sociales por no prestación personal del servicio, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de título y causa para pedir, prescripción de los derechos, y mala fe (f.º 62 - 75 y f.º 104 - 109).

**LITIGAR PUNTO COM S.A.S.**, contestó con oposición a la prosperidad de las pretensiones. Esgrimió, que no le adeudaba a la actora suma alguna por los 11 días en que estuvo vinculada a la empresa en enero de 2017, por cuanto esta nunca cumplió con su obligación de prestar el servicio y ejercer las actividades dentro de sus instalaciones.

Alegó en su favor, las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción de los derechos (f.º. 81 - 87, y 117 - 121).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia 5 de octubre de 2020, declaró que entre la actora y la sociedad Employment Solutions Soluciones S.A.S., existió un contrato de trabajo por obra o labor en el periodo comprendido entre el 19 y el 30 de enero de 2017; condenó a la demandada al pago de los siguientes conceptos en favor de la demandada; \$320.472 correspondiente a los salarios; \$33.256 de auxilio de transporte; \$29.477 de prima de

servicios; 3.537 de intereses a las cesantías; \$14.739 de vacaciones, debidamente indexadas desde el 31 de enero de 2017, hasta su momento efectivo de pago; \$19.228.296 de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; absolvió a la demandada Litigando Punto Com S.A.S., y condenó en costas a parte actora por un (1) S.L.M.L.V. para el año 2020, a favor de Litigar Punto Com S.A.S.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la actora efectivamente prestó el servicio para el que fue contratada, por la empresa de servicios temporales Employment Solutions S.A.S., entre el 19 de enero y 30 de enero de 2017.

Dijo, que con las pruebas arrimadas al proceso se demostró la suscripción de un contrato de trabajo entre la empresa de servicios temporales Employment Solutions S.A.S. y la actora, para el lapso comprendido entre el 19 de enero y el 30 de enero de 2017, con el objeto de que prestara sus servicios en la empresa usuaria Litigando Punto Com S.A.S, y que los testimonios practicados, daban cuenta de que la actora si se presentó a laborar durante ese periodo, pese a que ningún testigo precisó por cuantos días esta asistió a las instalaciones de Litigando Punto Com S.A.S.

Por lo anterior, concluyó que la empresa usuaria había omitido informarle a la empresa de servicios temporales (Employment Solutions S.A.S.), los días en los que la actora se presentó laboral, y que esta tenía derecho el pago del salario causado entre el 19 de enero de 2017, y el 30 de enero de 2017, así como de las prestaciones sociales.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**EMPLOYMENT SOLUTIONS S.A.S.**, solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Esgrimió, que el *a quo* había desconocido los argumentos presentados en la contestación de la demanda, y que en su lugar, tuvo como cierto lo manifestado por la actora, cuando ésta ni siquiera se preocupó por demostrar la veracidad de ello.

Indicó, que la demandante no tachó de falsa la carta que le envió la empresa en la que le manifestó que no le pagaría emolumento alguno, por lo que no había razón para asegurar que su actuar fue de mala fe.

Señaló, que el hecho de que la empresa le haya solicitado una certificación bancaria a la actora, daba cuenta de que actuó de buena fe, pues una vez se firmó el contrato de trabajo con ella desplegó las obligaciones propias de la relación laboral que le correspondían, esto es afiliarla a seguridad social, darle un carné, entre otras.

Dijo, que dentro del expediente no había si quiera una prueba que demostrara que la actora prestó sus servicios como trabajadora, y que dentro de las que ella presentó no había un correo electrónico que evidenciara que había tenido contacto con los clientes o que había realizado cualquier otra función de la empresa.

Afirmó, que las dos señoras que atestiguaron en favor de la actora eran amigas de ella y que se hablaban por Facebook, por lo que éstas fácilmente le pudieron indicar el piso en el cual debía prestar las laborales para las que fue contratada, y que ello era indicativo de la mala fe de la demandante.

Finalmente, expresó que la actora por ser abogada, debía conocer por lo menos alguna forma de reclamar las supuestas acreencias laborales que le adeudaba la empresa, y que si un trabajador tiene conocimiento de que su empleador le adeuda algún

concepto, no va a esperar de mala fe a que dichas obligaciones estén próximas a prescribir, para ahí si reclamar lo que le adeudan.

Por su parte, la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación respecto de la absolución de la demandada LITIGAR PUNTO COM S.A.S.

Arguyó, que dicha empresa debió responder solidariamente por cada una de las obligaciones a las que fue condenada EMPLOYMENT SOLUTIONS S.A.S., como quiera que al estar una de ellas en proceso de reorganización, alguna debía responder por las condenadas impuestas en favor de la actora.

## V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandante, 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 las recurrentes. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar **i)** si la actora se presentó a laborar a la empresa demandada Litigar Punto Com S.A.S., entre el 19 de enero de 2017 y el 30 de enero de 2017, **ii)** y de ser así, si la empresa Litigar Punto Com S.A.S., debe responder solidariamente por los conceptos a los que fue condenada la empresa Employment Solutions S.A.S.

El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el contrato de trabajo, «[...] es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración [...]». A su turno, el artículo 23 *ídem* establece como elementos del contrato de

trabajo, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador, y el salario como retribución del servicio.

De los artículos mencionados, se desprende que la prestación personal del servicio es un elemento constitutivo del contrato de trabajo, cuya materialización, en el presente caso se encuentra en disputa, por cuanto la parte actora afirma haberse presentado a laborar desde el 19 de enero hasta el 30 de enero de 2017, en la empresa Litigar Punto Com S.A.S., mientras que las enjuiciadas afirman que la demandante jamás se presentó a trabajar en dicho periodo.

Dentro del plenario, no fue objeto de discusión que el día 18 de enero de 2017, entre la actora y la demandada Employment Solutions S.A.S., empresa de servicios temporales - E.S.T., se suscribió un contrato de trabajo de obra o labor, con el objeto de que la primera, prestara sus servicios en las instalaciones de la empresa usuaria Litigando Punto Com S.A.S (f.º 12).

Así, para efectos de determinar si la actora prestó sus servicios en el lapso comprendido entre el 19 de enero de 2017 y el 30 de enero de 2017, debe tenerse en cuenta que a f.º 79 del expediente obra una comunicación del 27 de enero de la misma anualidad, en la cual la empresa usuaria, Litigar Punto Com S.A.S., le indicó a la empresa Employment Solutions S.A.S., lo siguiente:

*“Por medio de la presente me permito solicitar la desvinculación de Erika Johana Triana Losada, toda vez que hasta el momento, en ningún momento se ha presentado a laborar y en el teléfono y dirección que se tiene de ella no dan razón de su ausencia. Téngase en cuenta que desde la semana pasada dicen que firmó contrato pero aún no se ha hecho presente”*

Posteriormente, se encuentra una comunicación de la misma fecha suscrita por Darling Jerez, psicóloga de Employment Solution

S.A.S., dirigida al área de recursos humanos de la empresa, en la que indicó haber recibido la referida comunicación por parte de Litigar Punto Com S.A.S., motivo por el cual solicitó que la demandante fuera retirada *“para todos los efectos”* (f.º 80).

Así, mediante misiva de fecha de 30 de enero de 2017 (f.º 37), la demandada Employment Solution S.A.S., le expresó a la actora lo siguiente:

*“Con la presente nos permitimos informarle que la empresa usuaria Litigando.Com, nos ha solicitado realizar la terminación de su contrato como trabajador en misión a partir del 30 de enero del año en curso”*

Respecto de los testimonios practicados, se tiene que Karen Daniela Hernández Chavarro y Yinet Marcela Quitián García, indicaron conocer a la actora, por cuanto estuvieron juntas en el proceso de selección para laborar en Litigar Punto Com S.A.S., y que recordaban que ella si se presentó a trabajar en las instalaciones de dicha empresa para enero de 2017, por unos pocos días. No obstante, ninguna de ellas corroboró con precisión el tiempo total laborado por Erika Triana en la empresa usuaria Litigar Punto Com S.A.S, como quiera que Karen Hernández señaló que la demandante no había estado mas de un mes prestando sus servicios, mientras que Marcela Quitian dijo que había estado por 20 días, es decir, mas de los 11 días que la demandante afirmó haber laborado en su demanda.

Cabe resaltar, que los testimonios mencionados fueron decretados de oficio por parte del *a quo*, para obtener mayor claridad sobre lo sucedido entre la actora y las empresas demandadas, ante la gravedad de la solicitud hecha por la parte demandada de que se le compulsaran copias a la demandante.

Por su parte, los testigos Jessica Martínez Henao, Paola Katherine Ospina, y Víctor Alfonso Rosario Martínez, expresaron no

recordar o distinguir a la demandante, pese haber sido todos trabajadores de Litigar Punto Com S.A.S., para la época en que ocurrieron los hechos. Sobre los mismos, se aclara que todos indicaron encontrarse actualmente vinculados con dicha empresa.

Lo anterior, también fue corroborado por el testigo Jeremy Horway Calderón Sánchez, que igualmente fue decretado de oficio por el *a quo*, quien además de afirmar que no recordaba a la actora, señaló que el único rastro que tuvo de ella, fue un correo electrónico en donde se le solicitó que allegara una certificación de su cuenta bancaria. También, indicó recordar a las testigos Karen Daniela Hernández Chavarro y Yinet Marcela Quitián García, como trabajadoras de Litigar Punto Com S.A.S., para la época en que el se desempeñó como coordinador en el área de auditoria, esto es para el año 2017. Sobre este testigo, se resalta que a la actualidad no mantiene ningún tipo de vínculo contractual con la empresa Litigar Punto Com S.A.S.

Observa también esta Sala, que dentro del expediente no obra prueba alguna que evidencie que la actora efectivamente se presentó a laborar a Litigar Punto Com S.A.S. durante el periodo referido, y de que realizó las funciones que manifestó que le correspondían como auditora en su interrogatorio de parte, pues únicamente aportó un carné (f.º 13), expedido por Employment Solution S.A.S, que la identifica como trabajadora de dicha E.S.T., y del cual se puede inferir que prestaría sus servicios como auditora en la demandada Litigar Punto Com S.A.S. No obstante, dicho documento no acredita en absoluto la prestación personal del servicio.

Así las cosas, ante la orfandad probatoria respecto de la prestación personal del servicio de la demandante, y la concurrencia sobre lo afirmado por la mayoría de los testigos de no recordar a la demandante laborando para Litigar Punto Com S.A.S., concluye esta sala que durante el lapso comprendido entre el 19 de enero de 2017

y el 30 de enero de 2017, la demandante no se presentó a laborar en las instalaciones de la empresa Litigar Punto Com S.A.S.

No puede perderse de vista, que aún cuando no hay prestación personal del servicio por parte del trabajador, el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que este tiene derecho a percibir el salario, siempre que medie la culpa del empleador, y el contrato de trabajo se encuentre vigente. En efecto, en providencia CSJ SL 20 oct. 2010, rad. 38949, reiterada en la CSJ SL10106-2014, nuestro órgano de cierre razonó lo siguiente:

*«[...] Cumple reiterar que para que se genere la consecuencia prevista en la norma que se comenta, consistente en la obligación de pagar salarios, debe presentarse no solamente la no prestación del servicio por culpa o disposición empresarial, sino que además, y con el carácter de preponderante, debe concurrir el otro supuesto fáctico, que es la vigencia del contrato de trabajo, que es el marco contractual, con el alcance de regla general, dentro del cual surge la obligación de pagar salarios, dado que, sólo excepcionalmente, en casos como el presente, se impone al empleador esa obligación, así no se haya prestado el servicio».*

No obstante, el supuesto fáctico contemplado en la norma en mención no es aplicable en el presente caso, pues además de no haberse acreditado la culpa de la demandada Employment Solution S.A.S, frente a la no prestación personal del servicio de la actora, es claro que la misma es imputable a ella, pues se itera que la mayoría de los testigos manifestaron no recordarla en las instalaciones de la empresa usuaria Litigar Punto Com S.A.S., aunado al hecho de que a f.º 79 del expediente, obra la ya mencionada comunicación de fecha de 27 de enero de 2017, en donde Litigar Punto Com S.A.S., le expresó a Employment Solutions S.A.S., que la actora no se había presentado a laboral, y que le había sido imposible contactarla en el teléfono y dirección que se tenía de ella, documento este, que como bien lo manifestó la empresa recurrente, no fue tachado de falso por la parte actora en la debida oportunidad procesal para tal efecto, y fue firmado

por el señor Víctor Alfonso Rosario, trabajador de Litigar Punto Com S.A.S., y testigo en el presente proceso.

En este orden, debe exonerarse a la empresa Employment Solutions S.A.S., del pago del salario y las prestaciones causadas desde el 19 de enero de 2017 hasta el 30 de enero de 2017. Por lo anterior, habrá de **revocarse** el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar **absolver** a Employment Solution S.A.S., de los salarios, prestaciones sociales, y vacaciones adeudadas, conceptos por los que fue condenada por el *a quo*.

Ahora bien, sobre la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, debe recordarse 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 pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, 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).

Así, considera esta sala como un motivo atendible para Employment Solutions S.A.S., de haberse abstenido de efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales a la actora a la finalización de la relación laboral (30 de enero de 2017), el hecho de que esta no se presentó a laborar en las instalaciones de la empresa usuaria Litigar Punto Com S.A.S., pese a que así fue pactado en el contrato de obra o labor que suscribieron el día 18 de enero de 2017 (f.º 12), por razón que se itera, no fue imputable a la enjuiciada como empleadora de la demandante. Por tal motivo, habrá de **revocarse** también, el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar

absolver a Employment Solution S.A.S. de la indemnización moratoria, por el valor de \$19.228.296.

Finalmente, se aclara que, dado el resultado del proceso, se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno en relación con el subsiguiente problema jurídico aquí planteado, esto es la solidaridad de Litigar Punto Com S.A.S., en el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales, y la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a los que fue condenada la E.S.T. demandada Employment Solution S.A.S., por sustracción de materia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación, las de primera serán a cargo de la demandante.

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: REVOCAR** el numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a **EMPLOYMENT SOLUTION S.A.S.**, del pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones adeudadas, e indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR:** en lo demás la sentencia apelada.

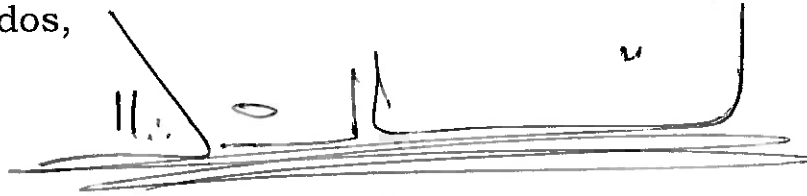
**TERCERO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

**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,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

**DAVID A. J. CORREA STEER**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez Ávila', written in a cursive style.

**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 **JOSÉ EDGAR ESPINOSA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

**EXP. 11001 31 05 028 2020 00432 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto 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 Quinta 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 parte demandante contra el auto proferido el 26º de febrero de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar el siguiente,

## AUTO

### I. ANTECEDENTES RELEVANTES

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad por resultar ineficaz la afiliación a la A.F.P. COLFONDOS S.A., ante la omisión de informar las implicaciones que tal cambio de régimen pensional tendría, por tanto, los subsiguientes traslados horizontales entre administradoras son también ineficaces y no producen efecto jurídico alguno, lo que significa que siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, y gastos de administración; y a su vez, ordena a COLPENSIONES, reactivar su afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos por PROTECCIÓN S.A., actualizar, corregir la historia laboral y ponerla a disposición de la demandante (pág. 8, 9 archivo n.º 01).

La demanda, se inadmitió el 28 de enero de 2021, por cuanto no se aportó la constancia del envío de la demanda y sus anexos *«al correo electrónico de la pasiva, el cual deberá contener acuse de recibo»*, como lo exige el Decreto 806 de 2020, ni se allegaron los documentos relacionados con el bono pensional, la certificación de Colseguros y las respuestas de ASOFONDOS y PROTECCIÓN S.A., enunciados en el capítulo de anexos; tampoco, se reconoció a la profesional del derecho presentada como apoderada sustituta de la parte actora, dado que no puede actuar simultáneamente más de un apoderado judicial. De igual forma, se advirtió que *«La parte actora deberá proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 806 de 2020, en cuanto al envío de la*

*copia del escrito de subsanación de la demanda a los accionados» (archivo n.º 04).*

En el archivo n.º 05, obra el escrito con el cual se pretende subsanar la demanda, y en su parte pertinente, se precisó que se aportó el PDF el correo electrónico en donde se le informó a las demandadas acerca de la radicación de la demanda, del 9 de noviembre de 2020, a las 18:29 horas.

## **II. PROVIDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en auto proferido el 26 de febrero de 2021, rechazó la demanda con el argumento de que no se allegó constancia del acuse de recibido de la misma por parte de COLFONDOS S.A., o en su defecto, constancia o imagen que acredite que el mensaje fue recibido y confirmada su lectura por el destinatario, de manera que, consideró no acreditado el requisito establecido en los artículos 6.º y 8.º del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el inciso final del numeral 3.º del artículo 291 del Código General del Proceso (archivo n.º 06).

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El demandante, apeló bajo el argumento de que el requisito que la *a quo* considera no acreditado, fue cumplido con la remisión de la subsanación de la demanda, el 3 de febrero de 2021, con copia a los correos electrónicos de PROTECCIÓN, COLFONDOS y COLPENSIONES, data en la que se les reenvió de manera simultánea la demanda y sus anexos; aunado a ello, junto con la subsanación de la demanda se aportó la constancia del correo electrónico enviado el 9 de noviembre de 2020, a las demandadas, informándoles la radicación de la demanda, así como la confirmación del recibido de

tales mensajes por parte de Colpensiones y de Protección, el 10 y el 16 de noviembre, respectivamente (archivo n.º 07).

La *a quo* concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, mediante proveído del 14 de mayo de 2021 (archivo n.º 08).

#### IV. CONSIDERACIONES

El numeral 1.º del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, dispone la procedencia del recurso de apelación respecto del auto que rechace la demanda, de manera que tiene esta Sala competencia para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta para ello, estrictamente lo previsto en el artículo 66A *idem.*, por lo que se verificará si resultan excesivos los requisitos exigidos por la *a quo*, relacionados con la certificación de la recepción y confirmación de lectura por correo electrónico de la demanda, subsanación y anexos a la demandada COLFONDOS S.A., para poder admitir la demanda.

Como quiera que la demanda fue presentada en vigencia del Decreto 806 de 2020, por cuanto la misma fue radicada el 10 de noviembre de 2020, como se desprende del acta individual de reparto del Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los Juzgados Civiles, Laborales y de Familia con secuencia n.º 13152 (archivo n.º 03), al demandante le corresponde acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 6.º y 8.º de dicha normativa.

Con el fin de agilizar el proceso de la utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, en el marco

de la pandemia generada por el COVID-19, el artículo 6.º del mencionado Decreto, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 6. Demanda. La demanda indicará el canal digital donde deben ser notificadas las partes, sus representantes y apoderados, los testigos, peritos y cualquier tercero que deba ser citado al proceso, so pena de su inadmisión. Asimismo, contendrá los anexos en medio electrónico, los cuales corresponderán a los enunciados y enumerados en la demanda.*

*(...) **En cualquier jurisdicción**, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados. Del mismo modo, deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal de digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.*

*En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado.”*

Observa la Sala, que las páginas 1 y 2 del archivo n.º 02 del expediente digital, allegado con el escrito inicial de demanda, se encuentran un tanto borrosas y no permiten dar lectura completa a la constancia con la cual se pretendió inicialmente dar cumplimiento al mencionado requisito, motivo por el cual, la *a quo* no incurrió en error alguno al disponer la inadmisión de la demanda en los términos observados en el archivo n.º 04 y expuestos en el capítulo de antecedentes de esta providencia.

Frente a ello, el demandante acreditó en las páginas 4 a 8 del archivo n.º 05 allegado el 3 de febrero de 2021, al expediente digital y con el cual intentó subsanar la demanda, las constancias totalmente legibles del hecho de haber enviado el 9 de noviembre de 2020, a las 18:29 horas, copia del escrito de demanda inicial y de sus anexos, a los correos electrónicos `notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co`, `jemartinez@colfondos.com.co`,

[procesosjudiciales@colfondos.com.co](mailto:procesosjudiciales@colfondos.com.co), y [accioneslegales@proteccion.com.co](mailto:accioneslegales@proteccion.com.co), que corresponden tanto al que se reporta en la página web oficial de COLPENSIONES<sup>1</sup>, como a los que se registran en los certificados de existencia y representación legal expedidos por las Cámaras de Comercio de Bogotá y Antioquia, de COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, que se adjuntaron en el mencionado archivo n.º 02 del expediente digital, además de aportar las confirmaciones de recibido por parte de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN, los días 10 y 16 de noviembre de 2020, respectivamente.

No obstante, junto con la subsanación, no se aportó la constancia, del cumplimiento del requisito exigido en el numeral 3.º del auto inadmisorio del 28 de enero de 2021, relacionado con «(...) proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 806 de 2020, en cuanto al envío de la copia del escrito de subsanación de la demanda a los accionados» (archivo n.º 04); situación esta, que pretende enmendar en forma extemporánea al aportar con el recurso de apelación, tanto la constancia de envío a las mencionadas direcciones de correo electrónico, efectuado el 3 de febrero de 2021, a las 12:17 horas, del «(...) escrito subsanatorio en 10 folios. Adicionalmente, ante la preocupación de este despacho por garantizar el derecho de defensa y el cumplimiento del artículo 6 del decreto 806 de 2020, se le vuelve en este mismo correo enviar el escrito de demanda y anexos a las demandadas», como la certificación de recibido por parte de COLPENSIONES, el día 12 de los mismos mes y año (pág. 16, 17 archivo n.º 07).

Como si lo anterior fuera poco, el recurrente no se percató que de acuerdo con las constancias que obran en las páginas 4 a 7 del archivo n.º 05, se verifica que el correo mediante el cual se le remitió demanda inicial y anexos a [jemartinez@colfondos.com.co](mailto:jemartinez@colfondos.com.co), [procesosjudiciales@colfondos.com.co](mailto:procesosjudiciales@colfondos.com.co), fue devuelto el 9 de noviembre de

---

<sup>1</sup> <https://www.colpensiones.gov.co/>

2020, a las 18:30 horas, bajo la causal que « *El destinatario no podrá recibir este mensaje porque es demasiado grande. El tamaño máximo de mensaje permitido es 8 MB. Este mensaje tiene 18 MB.*»; por lo que de ninguna manera, se puede entender suplido el requisito establecido en el artículo 6.º del Decreto 806 de 2020, frente a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, al no acreditarse la exigencia reseñada frente a esta última entidad, la *a quo* no se equivocó al rechazar la demanda, pues se advierte que tal y como lo establece el artículo 117 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los términos procesales son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario, motivo por el cual, no era válido que una de las exigencias efectuadas por el juzgado en el auto inadmisorio, fueran cumplidas a cabalidad con posterioridad al vencimiento del término establecido en el artículo 28 del Estatuto Procesal, como parece entenderlo equivocadamente el apelante, al allegar junto con el recurso de apelación con la constancia de envío electrónico de la subsanación a las demandadas.

Lo anterior conlleva a **confirmar** la decisión, **pero** por lo aquí expuesto, para lo cual finalmente precisa la Sala, que con la decisión aquí tomada, no se avala que los operadores judiciales exijan al hacer el control de legalidad de los artículos 25 a 26 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que con la demanda inicial se aporte un acuse de recibido de las comunicaciones enviadas electrónicamente a los potenciales demandados dentro de los distintos procesos, mucho menos constancias o imágenes que acrediten que tales mensajes mediante los cuales se les comunicó sobre la radicación de la demanda, fueron recibidos y confirmada su lectura por los destinatarios, pues conforme lo dispone el inciso 5.º del artículo 6.º del citado Decreto 806 de 2020, solo basta con que se pruebe el envío del mensaje y el contenido de la totalidad de lo

remitido, contrario a lo que ocurre con el inciso 2.º del artículo 8.º *idem*, que **sí** se debe interpretar en concordancia con el último inciso del numeral 3.º del artículo 291 del Código General del Proceso, en el sentido de que se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación con la cual se pretende notificar personalmente el auto admisorio de la demanda, cuando recepcione acuse de recibo, caso en el que se dejará constancia de ello en el expediente, y se adjuntará una impresión del mensaje de datos, y en esto último, sí le asistiría razón al apelante, no obstante como quedó ampliamente analizado, no es posible dictar una determinación distinta a la aquí expuesta.

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.**,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto apelado proferido el 26 de febrero de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., **pero** de acuerdo con lo aquí considerado.

**SEGUNDO:** Sin costas en la alzada, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

(\*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

[https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/EgcbrLdGBFtMj2wBSyoBe8EBKb-5u\\_8tnDROlbgagXSHnQ?e=tgFegh](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EgcbrLdGBFtMj2wBSyoBe8EBKb-5u_8tnDROlbgagXSHnQ?e=tgFegh)