

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN HELENA GOMEZ MENDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 22 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

*Carmen Helena Gómez Méndez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para que se rectifique la historia laboral con el fin de incluir todas las semanas que se encuentren en mora y las contabilizadas en forma errónea. En consecuencia, se condene el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003,*

*a partir del 31 de agosto de 2017, cuando cumplió los requisitos mínimos para obtenerla; indexación de las simas adeudadas, los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita, y por las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 3 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 11 de julio de 1960; inició a cotizar desde el 1° de junio de 1983 hasta el 31 de agosto de 2018 y tiene acumuladas más de 1300 semanas; que laboró para el Banco Ganadero de Colombia hoy BBVA y luego como independiente; solicitó el reconocimiento y pago de su pensión por vejez el 7 de marzo de 2019 y Colpensiones mediante resolución SUB 76444 del 29 de marzo del mismo año le negó la prestación con fundamento en que no cumple los requisitos mínimo exigidos; en la historia laboral que emitió Colpensiones aparece un total de 1.141.86 semanas cotizadas sin tener en cuenta las 154.29 correspondientes a los periodos del 1° de enero de 2001 al 29 de febrero de 2004, las cuales aparecen en -0- que fueron pagadas por BBVA Colombia a la AFP Porvenir S.A. cuando laboró para dicha entidad; que el 22 de abril de 2019, le solicitó a esa AFP que reporte las semanas cotizadas, la cual mediante comunicado del 16 de mayo de 2019 responde que durante ese periodo no se hicieron aportes; agrega que la actora se encuentra diagnosticada con cáncer medular.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, a través de escrito incorporado a folios 35 a 42, en el que se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó: la edad, fecha de nacimiento; los números de afiliación a Colpensiones; la fecha inicial y final de cotizaciones; la relación laboral que tuvo con BBVA Colombia y las cotizaciones hechas como independiente; la solicitud de reconocimiento pensional y la negativa a través de la resolución SUB 76444; la evidencia en la historia laboral de los periodos del 1° de enero de 2001 al 29 de febrero de 2004 como -0-; respecto de los demás manifestó no constarle y no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de integración de*

*litis consorcio necesario, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 61) en la que condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante pensión de vejez de conformidad 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, a partir del 7 de marzo de 2019, en cuantía inicial de \$1.812.992; el pago de retroactivo de mesadas pensionales por valor de \$45.957.002, liquidado hasta el 30 de enero de 2021, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, debidamente indexado. Monto frente al cual se autoriza los descuentos respectivos por concepto de seguridad social en salud; absuelve a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las partes la recurren en apelación, así: La demandante insiste en que se ordene el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, debido a que Colpensiones acepta que los períodos fueron pagados por BBVA directamente a ella, lo cual se extrae del material probatorio del expediente, por lo que no se entiende que dicha entidad no acepte su retorno en 2004 y finalmente su afiliación, adicionalmente, dicha entidad es la responsable de tener la historia laboral actualizada.*

*A su turno, Colpensiones pide que se revoquen las condenas impuestas debido a que la actora entre el 1° de enero de 2001 y el 29 de febrero de 2004 no se encontraba afiliada a esa entidad, por lo que carecería de legitimación para el pago de los aportes, y, contrario a ello, la responsable legal de estos sería Porvenir S.A., como consecuencia, no es dable acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.*

## C O N S I D E R A C I O N E S

*La sala procede a resolver el recurso impetrado por las partes a la luz de lo establecido en el artículo 66 A CPT y SS, y en las condenas no apeladas se revisarán en el grado de consulta.*

### *REGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSION DE VEJEZ*

*La demandada mediante resoluciones No. 012791 del 12 de abril y la 047789 del 15 de diciembre de 2011, consideró que la actora presentaba un problema de multifiliación y en razón de ello no se tiene en cuenta los aportes que fueron realizados por el empleador al RAIS, con lo cual no le era aplicable el decreto 758 de 1990, frente a ello, la actora manifiesta que por error su entonces empleador Banco Ganadero hoy BBVA realizó cotizaciones a la AFP Porvenir S.A., para acreditar ello, se allegó certificación expedida por el BBVA en la que indica que la señora Gómez Méndez estuvo vinculada a esa entidad en la sucursal Zipaquirá a través de contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de junio de 1983 al 30 de mayo de 2007, sin solución de continuidad (fl 23), de igual manera en el expediente administrativo aportado por Colpensiones en cd (fl 43), así como la certificación incorporada a folio 31, expedida por la AFP Porvenir S.A. se indica que la demandante presenta en su cuenta individual No. 6643023 del fondo de pensiones obligatorias vigencias de aportes con fecha de inicio el 1° de enero de 2001 y de retiro el 29 de febrero de 2004, por traslado del ISS, precisa que no se precisa que existe formulario de afiliación, además que del reporte de semas se verifica que los aparte se registraron, como no vinculada ; lo que hace colegir que nunca efectuó un acto de afiliación, no existe un formulario que dé fe de tal circunstancia ni los documentos pertinentes como para deducir que se presentó un traslado de régimen pensional. Por el contrario, aparece prístino que efectivamente existieron unas cotizaciones al tal fondo privado ( entre el 1° de enero de 2001 al 29 de febrero de 2004) pero bajo la forma de consignaciones de personas no vinculadas, modalidad que se presenta precisamente cuando una administradora recibe aportes de un sujeto que no está vinculado o afiliado al respectivo fondo, situación regulada por el artículo 10 del decreto 1161 de 1994, tal y como lo dispone el artículo 4 del decreto 3800 de*

2003, que prevé que el traslado efectivo de los aportes que se hayan hecho sin la vinculación previa.

Así que el hecho de que se recibieran por el fondo privado ciertos aportes, erradamente, no surte efectos de un traslado de régimen, como parece sostenerlo equivocadamente Colpensiones. Dichos aportes, ante la inexistencia de su vinculación con el fondo, se computaron como cotizaciones de persona no vinculada, por lo que asiste razón al fallador de primera instancia tras concluir que en verdad no existió el mentado traslado y que siempre estuvo afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida.

Establecido lo anterior, como quiera que la demandante solicita el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, art. 9, se aborda su estudio. En tal sentido, se aborta su estudio y sobre el particular se tiene que la citada norma establece:

**“Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:**

**1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.**

**A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.**

**2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.**

**A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.**

**Parágrafo 1°. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:**

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

**Parágrafo 2°.** Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período.

**Parágrafo 3°.** Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

**Parágrafo 4°.** Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993." Subrayas de la sala.

Conforme a lo anterior, son dos los requisitos que se deben tener para el reconocimiento respectivo, para quienes los cumplan a partir del 1° de enero de 2014, tener 57 años si es mujer como en este caso sucede ya que su fecha de nacimiento fue el 11 de julio de 1960 como da cuenta la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl 12), fue aceptado por la demandada desde la contestación de la demanda y los actos administrativos que negaron la prestación, por lo que alcanzó la edad requerida en mismo día y mes de 2017; y 1300 semanas para la fecha en que cumpla la anterior edad, por lo que para, por lo que se entra a verificar si el demandante satisface ese mínimo de semanas cotizadas, encontrando que conforme a la documental que obra a folios 114 a 122, así como el expediente administrativo incorporado en cd (fl 43) se tiene que en principio no las satisface pues tan solo se observa un total de 1.146 semanas reconocidas por Colpensiones como válidas entre el 1° de julio de 1983 al 31 de agosto de 2018, no obstante, no se puede desconocer que al revisar el historial laboral, no se tiene en cuenta las semanas comprendidas entre el 1° de enero de 2001 y el 29 de febrero de 2004;

los cuales aparecen reportados a la AFP Porvenir S.A., como persona no vinculada, es decir sin haber operado un traslado de régimen, demostrándose además la existencia del vínculo laboral con el entonces Banco Ganadero hoy BBVA, razón por la cual como tantas veces lo ha dicho la máxima corporación del trabajo los errores que cometan las administradoras pensionales no deben porque afectar a sus afiliados entre otras en la sentencia del 17 de mayo de 2011 radicación No. 38622 que en lo pertinente indicó “y es que no es posible que la negligencia de la entidad deba trasladarse consecuencias negativas al afiliado como la de impedir que se reconozca la prestación por falta de número mínimo de aportes, además porque el actor, se ampara en el principio de confianza legítima y de buena fe, en el sentido de considerar que las cotizaciones que debió realizar el empleador, y de las que nunca le fue reportada alguna anomalía son válidas”, por lo que en efecto corresponde a Colpensiones, adelantar los trámites necesarios, con el fin de que le sean trasladados en su integridad los aportes que de manera equivocada fueron depositados a la citada AFP, los cuales se deben tener en cuenta para el financiamiento de la prestación a su cargo.

Así las cosas, al adicionar los periodos no tenidos en cuenta por Colpensiones, se obtiene un total de 1303.08 cotizadas al sistema general de pensiones, lo que en efecto le da el derecho al reconocimiento pensional como lo concluyera el a quo, así como la fecha a partir del cual se ordenó el reconocimiento respectivo que para el caso lo fue a partir del 7 de marzo de 2019, día en que la promotora como cotizante independiente mostró ante Colpensiones su intención de retiro definitivo del sistema general de pensiones para obtener su derecho pensional, como se corrobora con la documental que reposa a folios 13 a 16 y en expediente administrativo en el monto establecido por el juzgado de conocimiento, en razón a que al calcular el del ingreso base de liquidación se realiza conforme al artículo 21 de la ley 100 de 1993, realizadas las operaciones aritméticas de rigor, asciende a \$2.789.219.42 que resulta ser superior al calculado en toda su vida laboral, a ese valor se le aplica un porcentaje conjunto del 65% en los términos del artículo 34 ibídem, arrojando entonces el valor de la primera mesada la suma de \$1.812.992,00. Y al liquidar el retroactivo de mesadas pensionales entre la fecha de reconocimiento y la sentencia de primera instancia asciende a \$45.957.002, lo que impone confirmar la decisión de primera instancia en todos los aspectos analizados.

*Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a examinar el punto objeto de censura propuesto por la parte demandante, el que se concretan al tema de los intereses moratorios.*

#### **INTERSES MORATORIOS**

*Sería del caso entrar a analizar si le asiste al demandante el derecho al pago de los intereses moratorios, de no ser porque el juez condenó a la encartada a la indexación de las sumas adeudadas por el retroactivo pensional, condena que impide se ordene el pago de los intereses moratorios, en la medida en que dichos conceptos son excluyentes pues con ambos se resarce el perjuicio causado por la desvalorización de la moneda, criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de septiembre de 2012, Rad. 39140, en el que indicó:*

*“Cabe recordar, al margen, que el criterio actualmente imperante en la Sala es el de la incompatibilidad de intereses moratorios con la indexación, ya que los primeros involucran, en su contenido, un ingrediente revaluatorio; tal como se dijo, al rectificar el antiguo criterio de compatibilidad de ambas figuras vertido en sentencia del 1º de diciembre de 2009, radicación 37279, en la sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 41392, la que acogió, para ello, pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la esta misma Corporación datado el 19 de noviembre de 2001, expediente 6094.”*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Ha de tenerse en cuenta que por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en tres (3) años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 102 del decreto 1848 de 1969 y 151 del CPT y SS, en tanto que dicha interrupción extrajudicial, es plausible por una sola vez, mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Y esto es lo que se presenta precisamente cuando se pretende demandar a un ente oficial, con la reclamación administrativa, con lo que incuestionablemente se interrumpe el término de prescripción y se debe contar nuevamente el mismo, por una sola vez.*

*En el caso debatido, se tiene que el accionante cumplió los requisitos para la pensión de vejez el 7 de marzo de 2019, fecha en que elevo la reclamación administrativa, así mismo presentó la demanda el 20 de agosto de la misma anualidad, por lo que es ostensible que, ninguna mesada se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo.*

*Sin costas en esta instancia dado el resultado de los recursos.*

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

**RESUELVE**

*Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

*Segundo.- Sin costas en esta instancia.*

*Notifíquese a las partes en legal forma y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE CESAR TOVAR HERNANDEZ CONTRA HECTOR ARIZA G Y CIA  
S.A.S*

*En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 16 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Cesar Tovar Hernández, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Héctor Ariza G y CIA S.A.S., para que se condene al pago del reajuste salarial, teniendo en cuenta para el efecto los recargos y horas extras laboradas, entre el 8 de marzo de 2015 hasta el 8 de marzo de 2018. En consecuencia, se condene al pago del reajuste de prestaciones sociales, vacaciones, prima de servicio y de los aportes a seguridad social en pensiones durante dicho periodo; indemnización moratoria art. 65 CST, junto con la indexación y lo probado ultra y extra petita.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 29 a 30 del expediente, en los que en síntesis se indica que: laboró para la sociedad demandada de mediante contrato a término indefinido realizando labores de asesoría comercial, venta de prendas de vestir, aseo y organización y arreglo de toda la mercancía, y ocasionalmente realizaba funciones de facturación cuando la personas encargada no asistía; su horario de trabajo era de lunes a sábado de 9 am a 8:30 pm y los domingos de 10 am a 7 pm con un descanso remunerado cada quince días; su salario de base era de \$550.000 más comisión variable y auxilio de transporte sin pago de horas extras; al haber cumplido su edad de pensión presentó carta de renuncia el 9 de marzo de 2018; agrega que solicitó a su empleador el reconocimiento y pago de horas extras, trabajo suplementario y dominicales y festivos laborados en los últimos 3 años, junto con el reajustes de prestaciones sociales y vacaciones y que laboraba 18 horas extras a la semana las cuales nunca se cancelaron.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada Héctor Ariza G y CIA S.A.S., en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 53 a 54); en cuanto a los hechos aceptó la actividad comercial y los locales comerciales de la empresa, y la carta de renuncia presentada por el trabajador el 9 de marzo de 2018; sobre los restantes manifestó que no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, compensación, prescripción y excepción innominada.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo en la que declara absolver a la demandada Héctor Ariza G y CIA S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor Cesar Tovar Hernández; declaró probada la excepción de*

*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir propuestas por la parte demandada y condenó en costas a la parte demandante..*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solo la demandada presentó alegatos en esta instancia, pidiendo confirmar la sentencia, indicando que el actor no laboro para la demandada horas extras, su horario fue de ocho horas diarias de lunes a sábado, los días dominicales laborados se le cancelaron oportunamente y se otorgaba su descanso compensatorio y como se refleja en los promedios cancelados al actor y que obran en el expediente digital a folios 62 a 64, de los tres últimos años, donde se puede verificar su salario, comisiones, festivos, subsidio de transporte y salario mensual y en razón a que devengaba en promedio más de dos smlmv, no le asistía derecho al suministro de dotación conforme la ley 11 de 1984, artículo 7 que reformo el artículo 230 del C.S.*

#### *C O N S I D E R A C I O N E S*

##### *NEXO LABORAL – DURACIÓN – SALARIO*

*No existe controversia de la existencia del vínculo laboral vivido entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada contestar el libelo y se encuentra demostrado que existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual inicio el 1° de octubre de 2010 se prorrogó automáticamente durante varios periodos y se terminó el 8 de marzo de 2018, por renuncia presentada por el trabajado, al haber alcanzado los requisitos para obtener su pensión siendo el último cargo el de asesor de ventas y su último salario promedio mensual ascendió \$1.377.575,00; conforme contrato de trabajo visible a folio 61 y 62 del expediente digitalizado; las liquidaciones promedio de salarios de los últimos tres años (fls 62 a 64 del expediente digitalizado; así mismo la liquidación de prestaciones sociales paga al demandante a folio 60, certificación laboral (fl 17) y la carta de renuncia presentada por el trabajador y aceptación de la misma (fls 20 a 24 y 54).*

*Así el objeto de la discusión se centra en establecer si le fueron cancelados a la demandante las horas extra diurnas y nocturnas, los dominicales y los festivos, además de los días compensatorios, generando con ello el reajuste de los salarios, las prestaciones sociales y vacaciones.*

*Es deber del juzgador resolver sólo en atención a lo efectivamente probado dentro del juicio, sin que le sea dable hacer cálculos, suposiciones o hipótesis para la determinación de lo suplicado.*

*Frente al pago de horas extras la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: "(...) la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, y no es dable al juzgador entrar en cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas".<sup>1</sup> Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días.*

*Ahora bien, para obtener el reconocimiento y pago del trabajo suplementario deprecado es necesario recurrir a la demostración mediante el aporte de la prueba pertinente por parte del interesado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía en materia laboral, según lo dispuesto en el artículo 145 del CPT y de SS, es decir, se impone a la parte que alega en su favor un derecho la de probar el hecho de donde se deriva o tiene su fuente. Entonces, siendo la prueba el medio legal idóneo que sirve para demostrar los hechos que se alegan ante las autoridades legales, es preciso que la prueba se produzca para que pueda ser calificada.*

*Teniendo en cuenta estos planteamientos, al estudiar el material probatorio recaudado, es palmario para la sala que no existe prueba alguna en la cual se pueda colegir con claridad y precisión cuáles fueron los días efectivamente laborados por la actora, ni en que horarios prestó sus servicios, en vista a que la única prueba arrimada al respecto fue el testimonio de Gonzalo Ramírez Pinzón, que también trabajó en la empresa junto con el actor y afirma que el demandante laboraba por turnos entre 20154 y 2018 en el local de Salitre Plaza, que en 2015 a 2018 las jornadas laborales eran de 9 am a 8:30 pm con media hora de*

---

<sup>1</sup> Sentencias marzo 2 /1949, febrero 16 de 1950, marzo 15 de 1952 y diciembre 18 de 1953.

*almuerzo y se les daba un auxilio de \$2.000, y en la temporada de junio que era la temporada de padre y en diciembre se entendía el horario de 9am a 9:30 a 10 pm para que se pudiera atender a la mayoría de clientela que hubiese en el local, adicional que se trabaja también los domingos y festivos, que cuando se laboraba el domingo, entre semana la empresa escogía un día para el descanso, manifiesta que el demandante laboraba un domingo sí y un domingo no, lo mismo pasaba con los festivos, y se le daba compensatorios cuando laboraba el domingo, observándose que sus manifestaciones las hace de manera general, pero no tiene certeza que días con exactitud; lo que en suma impide determinar las horas extras, dominicales y festivos trabajados por el demandante; aunado a lo anterior, en las documentales de folios 62 a 64 se puede constatar que al promotor sí le cancelaron los días dominicales, lo cual inclusive fue aceptado por el demandante en su interrogatorio de parte, y fueron teniéndolos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales (fl 60 del expediente digitalizado). Luego, al no poderse establecer con precisión los días festivos y dominicales laborados, como tampoco las horas extras nocturnas laboradas por la demandante resulta imposible establecer el monto de lo adeudado por estos conceptos y de contera lleva a la no prosperidad de la reliquidación de los salarios y las acreencias laborales impetradas (en su totalidad), puesto que aquellos constituyen el soporte de ésta, por lo que resulta imperativo confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.*

#### *DOTACIONES*

*Se indica por la parte actora que durante la vigencia de la relación laboral no se le suministro dotaciones, por lo que reclamó el reconocimiento y pago de las mismas, por los tres últimos años de labor, esto es entre el 9 de marzo de 2015 y el 8 de marzo de 2018, la cual fue negada por el fallador de instancia.*

*El artículo 230 del Código Laboral Colombiano, modificado por la Ley 11 de 1984 art. 7° contiene la obligación a cargo del patrono de suministrar calzado y vestido de labor al trabajador cuya remuneración mensual sea hasta dos (2) veces el salario mínimo más alto vigente. Así mismo el artículo 234 del Capítulo IV ibidem establece la "prohibición de la compensación en dinero" de las prestaciones sociales establecidas en el mismo capítulo, dentro de las cuales se encuentra la dotación de calzado y vestido de labor.*

*Como bien es sabido dichos elementos están destinados para el uso exclusivo en el sitio en que se preste las labores y por mandato legal no pueden ser compensadas, sin embargo, cuando tales dotaciones no han sido suministradas por el empleador durante la vigencia del vínculo laboral, genera tal incumplimiento la indemnización de perjuicios, más como quiera, que no se probaron cuáles fueron los perjuicios que se ocasionaron por la insatisfacción de las dotaciones se debe exonerar a la accionada de este pedimento, por lo que se confirmara la absolucón impartida por el Juez de primera instancia pero por las razones aquí enunciadas.*

*Sin costas en este grado de jurisdicción.*

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

**RESUELVE**

*Primero.- Confirmar la sentencia consultada.*

*Segundo.- Sin costas en este grado jurisdiccional.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RONAD CHRISTIAN GUTIÉRREZ ALFONSO CONTRA AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A. Y LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CLAVE INTEGRAL CTA*

*En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.*

*Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 26 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Ronad Christian Gutiérrez Alfonso, por medio de apoderado judicial, demandó*

*a Aerovías del Continente Americano S.A. - Avianca S.A. y la Cooperativa de Trabajo Asociado Clave Integral CTA, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre él y Avianca S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido del 25 de septiembre de 2005 al 12 de febrero de 2016; la aerolínea incurrió en la prohibición del artículo 17 del decreto 4588 de 2006 y que Avianca S.A. y Clave Integral son solidariamente responsables por la acreencias reclamadas; se condene a las demandadas al pago del salario de febrero de 2016, indemnización moratoria (art. 65. CST), indemnización por despido sin justa causa (art. 64 CST), la indexación de las sumas adeudadas y lo ultra y extra petita.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 141 a 143 del expediente, en los que en síntesis se indica que: ingresó a laborar como técnico 1 del proceso de ingeniería y mantenimiento aeronáutico de Avianca S.A. el 27 de septiembre de 2005; suscribió acto cooperativo de trabajo con la Cooperativa de Trabajo Asociado Clave Integral CTA, el cual se modificó a través de acuerdos complementarios rubricados en agosto de 2013 y febrero de 2014; percibió como salarios para los años 2014 a 2016 las sumas de \$2.243.484, \$2.480.320 y \$2.660.816, respectivamente; pese al acto de asociación desempeñó su labor bajo subordinación de la aerolínea, por medio de los señores Henry Murcia Largo, Jorge Calderón y Juan Pablo Buenhombre, cumpliendo para ello funciones de mantenimiento de equipos aeronáuticos, soldador y mecánico dentro de la jornada máxima; se le trasladó de los talleres ubicados en Bogotá a los de Río Negro - Antioquía; por motivos ajenos a su voluntad solicitó permiso verbal a Jorge Calderón para retirarse de su lugar de trabajo el 24 de enero de 2016, sin embargo, el señor Calderón presentó queja por la ausencia injustificada la cual se remitió de la compañía aérea a la CTA, con ocasión a ello la CTA adelantó proceso disciplinario que resultó en la expedición de la resolución PD-007 del 12 de febrero de 2016 en la que se dio por terminado el acuerdo cooperativo; en el trámite disciplinario no se tuvo en cuenta los descargos, ni se fundamentó la desestimación de aquellos, no hubo decreto ni práctica de pruebas, aunado a que se adelantó para disimular la existencia de la relación laboral con Avianca S.A. en atención a que los servicios se prestaban en las instalaciones de la empresa y con las herramientas que esta proporcionaba; el despido fue sin justa causa por parte del operador aéreo; las*

*demandadas no cancelaron el salario de febrero de 2016; la CTA incurrió en la prohibición de que trata el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006; Avianca S.A. se encuentra en mora de cumplir las obligaciones emanadas de la verdadera relación de trabajo.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y una vez corrido el traslado de rigor, fue contestada por demandadas en legal forma y dentro de término. Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca S.A., (fls. 186 a 197) se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Sobre los hechos dijo que no eran ciertos o que no le constaban. Propuso como medios de defensa la excepción previa de prescripción y perentorias las de: ausencia de relación laboral, ausencia de prestación de servicios a Avianca S.A., inexistencia de subordinación, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, libertad de empresa, buena fe, compensación, indebida aplicación de las normas legales, actividad no misional, prescripción y la genérica.*

*Por su parte, la Cooperativa de Trabajo Asociado Clave Integral CTA compareció mediante curadora ad litem (fls. 262 a 267) se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el acto cooperativo de asociación y sus modificaciones, la prestación de servicios a Avianca S.A. a razón del acuerdo cooperativo, el traslado de los talleres de Bogotá a los de Río Negro - Antioquía, el despido por ausencia injustificada luego de adelantarse el proceso disciplinario. De los demás dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, libertad de empresa, no interpretación de los principios de cooperativismo, violación del derecho a la igualdad de las cooperativas de trabajo asociado, buena fe contractual, llamamiento en garantía de Avianca S.A. y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (Cd. fl. 299), en la que declaró la*

*existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 27 de febrero de 2005 al 12 de febrero de 2016 con Avianca S.A.; condenó a las demandadas a de manera solidaria a pagar la suma de \$275.782 por concepto de salario y los intereses moratorios a partir del 13 de febrero de 2016; absolvió de las demás pretensiones formuladas; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a cada una de las enjuiciadas en costa en cuantía de \$500.000.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo el demandante la recurrió manifestando que se encuentra en desacuerdo en la tasación del salario y la limitación que se hizo respecto de la indemnización moratorio. En cuanto al primer punto de inconformidad, estima que la certificación calendada de 9 de abril de 2015 y los extractos incorporados con la demanda permiten corroborar el salario devengado, por lo que en consideración a esa suma de dinero que deben calcularse las condenas; de otro lado, se refiere al segundo ítem del recurso indica que debió proceder la sanción de un día de salario hasta el mes 24 más los intereses moratorios, pues la interpretación errónea del artículo 65 del CST realizada por el Juez, contraviene el artículo 151 del CPT y SS, esto es, que los derechos laborales prescriben a los tres años.*

*A su turno, Avianca S.A. solicitó se revoque la sentencia en su integralidad teniendo en cuenta que probó que los servicios no se prestaron a la aerolínea, aquellos lo fueron a la CTA en virtud del contrato comercial, aunado a que no existió subordinación, en ese orden, también debe atenderse que el objeto social de la aerolínea es el transporte aéreo de pasajeros y no el de mantenimiento de aeronaves que era lo que hacía el demandante, por lo que no puede entenderse que todo tercero que preste un servicio se convierte automáticamente en trabajador. Si bien para movilizar pasajeros se necesitan varios servicios, la jurisprudencia ha determinado que esos servicios de mantenimiento y aseo no son inherentes a Avianca S.A. En caso de que no se revoque la condena en lo que atañe a la existencia del contrato de trabajo, resulta que el actor confesó que para la fecha en la que finalizó el vínculo que tenía con Servicopava, quedó debiendo 3 créditos y unos viáticos, sumas que superan los salarios insolutos*

*condenados, lo que daría lugar a absolver tanto por la remuneración como por la sanción del artículo 65 del CST.*

*Clave Integral señaló que se encuentra acreditado que al actor no se le adeuda suma alguna, en razón a que aquel aceptó que existen unos créditos que a favor de la CTA que superan el valor de las acreencias laborales objeto de condena.*

## C O N S I D E R A C I O N E S

### NEXO LABORAL

*El debate en el presente asunto se circunscribe a determinar si los servicios prestados por el demandante lo fue en cumplimiento de un contrato de trabajo con Avianca S. A., o como asociado de la Cooperativa de Trabajo Asociado Clave Integral.*

*La ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 de 2006, regulan lo concerniente a las cooperativas de trabajo asociado, por lo que a continuación se mencionan algunos aspectos característicos de estas organizaciones. Las cooperativas de trabajo asociado son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general (art. 4 de la ley). Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos (art. 5 ibídem).*

*En las cooperativas de trabajo asociado los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los*

*trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.*

*Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 3º de la presente Ley, se hará teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado. Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos, estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente.*

*En las cooperativas que no sean de trabajo asociado, el régimen laboral ordinario se aplicará totalmente a los trabajadores dependientes y a los trabajadores que a la vez sean asociados (art. 59). El objeto social de estas cooperativas es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, igualmente, las Cooperativas y las Precooperativa de Trabajo Asociado deberán ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo. Si dichos medios de producción y/o de labor son de propiedad de los asociados, la Cooperativa podrá convenir con éstos su aporte en especie, la venta, el arrendamiento o el comodato y, en caso de ser remunerado el uso de los mismos, tal remuneración será independiente de las compensaciones que perciban los asociados por su trabajo.*

*Si los medios de producción y/o de labor son de terceros, se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa. Dicho convenio deberá perfeccionarse mediante la suscripción de un contrato civil o comercial. El trabajo asociado cooperativo es la actividad libre, autogestionaria, física, material, intelectual o científica, que desarrolla en forma autónoma un grupo de personas naturales que han acordado asociarse solidariamente, fijando sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales*

*autogobiernan sus relaciones, con la finalidad de generar empresa. El trabajo asociado cooperativo se rige por sus propios estatutos; en consecuencia, no le es aplicable la legislación laboral ordinaria que regula el trabajo dependiente (arts. 5 y 8 del decreto). También es importante señalar que el artículo 7° del Decreto 1233 de 2008, reza:*

*“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajo asociado. (...)*

*3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado quedarán incurso en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica.*

*4. Tanto la potestad reglamentaria como la disciplinaria solo será ejercida por la precooperativa o cooperativa de trabajo asociado. En ningún caso, tales potestades podrán ser ejercidas por el tercero contratante. Si esto llegare a suceder se configurará de manera automática un contrato de trabajo realidad (...).”*

*Ahora, obra en el plenario a folios 49 a 49A Vto. el convenio de asociación suscrito entre la Cooperativa de Trabajo Asociado Clave Integral y Ronad Christian Gutiérrez Alfonso, en cuyos términos éste prestaría las funciones de Técnico I en la ciudad de Bogotá, ejecutando las labores que directamente le asigne la Cooperativa o sus representantes, labores que la Cooperativa, (fl. 49A Vto.) “en desarrollo de su objeto social ha realizado diversos convenios para la prestación de servicios, en forma autogestionaria, generando la necesidad de vincular trabajadores asociados para la ejecución de dichos convenios (...).” suscrito el 21 de abril de 2011. Igualmente, obran a folios 32 a 34 los acuerdos complementarios al convenio de asociación celebrado entre la CTA Clave integral y el actor( fls. 50 y 51) Otrosí al convenio de cooperación en el que “EL ASOCIADO Y LA COOPERATIVA han acordado que a partir del 12 del mes de enero del año 2016, EL ASOCIADO aportara su fuerza de trabajo en la ciudad de Río Negro - Antioquía”, certificación expedida por la CTA aquí demandada en la que se narra “GUTIÉRREZ ALFONSO RONAD CHRISTAN (...) prestó sus servicios para la Cooperativa, a partir del día 21 de abril de 2011 hasta el 12 de febrero de 2016 desempeñando el cargo de Técnico 1 en el proceso de Ingeniería y Mantenimiento Aeronáutico que se lleva a cabo en la empresa AVIANCA, entidad con la que mantenemos el vínculo contractual en razón de la oferta mercantil de prestación de*

*servicios”; certificación emitida por Servicopava en la se expresa que “desarrolló labores en esta Cooperativa de Trabajo Asociado desde el 27 de septiembre de 2005 hasta el 20 de abril de 2011 en la ciudad de Bogotá. La última asignación desempeñada fue la de Técnico II”; fls. 37 y 41 certificados expedidos por Clave Integral CTA el 27 de octubre de 2014 y 9 de abril de 2015 en los que constan las “compensaciones” percibidas por el entonces asociado; comprobante de pago de compensación primera quincena de 2014 (fl. 38); a folio 39 misiva del 30 de diciembre de 2015 referenciada como “Beneficios Traslado Rionegro” de la que se extrae: “En cumplimiento a la oferta de beneficios correspondientes al proceso de traslado a la ciudad de Rionegro, le informamos que el pasado 23 de diciembre de 2015 Clave Integral CTA consignó en su cuenta de nómina todos los auxilios ofrecidos como paquete de traslado”, documental suscrita por la gerente de la cooperativa, acompañada del respectivo comprobante de pago visible a folio 40; a folios 42 y 43 comprobantes de pago expedidos por Clave Integral CTA en cuyo contenido se detallan como devengos las compensaciones y en deducciones “convenio aporte y crédito”; a fls. 44 y 45 comunicación del 10 de diciembre de 2015 referente a la “Efectividad de traslado Rionegro” firmada por la gerente de la CTA, de la cual se desprende que: “(...) nos permitimos informarle que en atención a la necesidad de cumplir con nuestros compromisos comerciales el traslado a la ciudad de Rionegro que se le había comunicado oportunamente se hará efectivo a partir del día 12 del mes de enero del año 2016 (...) Considerando que en su convenio de asociación o acto cooperativo de trabajo asociado se compromete aceptar cualquier traslado que decida Clave Integral conforme a la Cláusula novena.- Traslados (...)”; a folios 46 a 48 respuesta de Clave Integral CTA a la revocatoria de la resolución N°. PD -007 en la que se describe “En la aplicación del proceso disciplinario que se adelantó en su contra se encontró debidamente no sólo probada sino reconocida de sus parte, la falta cometida (...)”; a folios 52 a 54 notificación de la resolución de apertura del proceso disciplinario por parte de la CTA el 4 de febrero de 2016; fls. 55 a 57 acta de versión libre de la Comisión Disciplinaria de la CTA en la que intervino el señor Gutiérrez Alfonso; a folios 58 a 62 notificación del pliego de cargos por parte de la Comisión Disciplinaria de la CTA el de febrero de 2016; a folios 63 a 68 notificación de la resolución 007 del 12 de febrero de 2016 a través de la cual se resolvió: “ARTÍCULO PRIMERO. SANCIÓN: Imponer sanción de terminación del acto cooperativo de trabajo asociado, al Asociado GUTIÉRREZ ALFONSO RONAD CHRISTIAN”; a folios 69 a 72 petición de revocatoria de la resolución que determinó la finalización el acto de asociación dirigido a la CTA por el actor; fls. 76 a 135*

*y Cd fl. 242 milita el estatuto de la entidad cooperativa; fls. 136 y 137 respuesta al derecho de petición incoado por el señor Ronad Christian a la CTA. Así mismo se allegó a folios 198 a 201, oferta mercantil que presentó la entidad Cooperativa, para “VENDER (...) los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos identificados en el anexo 1 (...) a través de la asignación de asociados de EL OFERENTE, a las posiciones que se consideran necesarias para el apoyo efectivo en la ejecución de los procesos descritos en el Anexo 1. Los servicios de apoyo que se ofrecen vender están referidos a la operación de las aerolíneas Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada”, documento de fecha 26 de marzo de 2010; fls. 211 a 222, 236 y 237 pólizas adquiridas a raíz del acuerdo comercial de Avianca S.A. y la CTA; fls. 223 a 235 otrosíes a la oferta mercantil entre la aerolínea y Clave Integral; Carta de terminación de contrato mercantil de la empresa de servicio aéreo y la cooperativa (fls. 238 y 239); a folios 240 y 241 respuesta negativa de Avianca a la solicitud de prórroga del acuerdo comercial por parte de la CTA.*

*En el interrogatorio de parte absuelto por el actor manifestó que prestó servicios a Servicopava de 2005 a 2011 y luego a Clave Integral de 2011 al 12 de febrero de 2016 por medio de contrato de asociación; los jefes directos eran de Avianca, sus nombre eran Iván Zuluaga, Jaime Muñoz, Néstor Riaño, Catherine Peña y Jorge Rincón; los beneficios recibidos eran los mismos de los trabajadores de empresa de transporte aéreo; trabajaba en horarios rotativos 6 días con uno de descanso según la secuencia que cada uno tuviera, realizaba el servicio de mantenimiento de aviación, soldaduras; fabricación de piezas para Avianca, empresa que tenía trabajadores directos desarrollando las mismas funciones como lo eran Juan Pablo Buenhombre, Jorge Calderón, Gonzalo Alfonso y Jhon Gutiérrez; eran pocos de la cooperativa trabajando para Avianca; los fines de semana dejaban a una persona encargada que era directa de la operadora aérea; los pagos los hacía clave integral y en los desprendibles se decía paga por servicios prestados a Avianca; la desvinculación se dio porque pidió permiso para salir a Juan Pablo Buenhombre quien era el encargado, pero lo despidieron por abandono del cargo sin que se le iniciara proceso disciplinario, sólo lo llamaron a descargos y le cancelaron el contrato; usaban el casino y la lavandería de la empresa de transporte, incluso los uniformes; las tareas las dejaban en un tablero y si las*

*terminaba no había problema para salir; la cooperativa nunca envió personal que coordinara las ordenes; cuando se ausentó Henry Murcia del taller de soldadura le dijo que pasó el informe de su ausencia; el permiso se podía pedir por escrito o de manera verbal y así mismo se confería; recibía una compensación anual de 30 días por la CTA; las herramientas eran de Avianca porque decían "AVA" y si se necesitaba una herramienta del almacén tocaba llevar un vale de Avianca; las instalaciones de Clave Integral quedaban en Fontibón; no le dieron tiempo para justificar la ausencia; tuvo 3 créditos que daban con saldo a favor del cooperativa 240.000; si no está el jefe encargado se busca al jefe de línea y si él tampoco está, se busca a Hernando Zuluaga; no informó que no volvería; pidió permiso solo para ir hasta el puente.*

*También se recibieron los testimonios de **Francisco Javier Ramírez Pacheco**, quien suscribió contrato de asociación con Clave Integral; hacían aportes; conoce al demandado desde hace 10 años, el jefe inicialmente era Jaime Muñoz, él se pensionó hace 5 años y luego cuando estaban en proceso de traslado a Rionegro quedó encargado Henry Murcia Largo técnico 4, pero no era coordinador ni tenía cargo jerárquico; ambos eran trabajadores directos de Avianca; Ronad los dos empezaron a trabajar con Clave Integral en 2009; en 2010 pasaron al taller de soldadura; antes de eso el testigo estaba en el taller de bancos de trabajo que usaban los técnicos para realizar el mantenimiento de los aviones; mientras estuvieron en Bogotá realizaban reparaciones de soldaduras y gatos hidráulicos; los pagos se hacían por medio de transferencia electrónica por parte de Clave Integral que recibía los dineros de Avianca; les daban a cada uno caja de herramientas; eran técnicos de soldadura y la aerolínea les daba los tiquetes, el valor del hotel y los viáticos en efectivo; en caso de ausentarse se debía gestionar el permiso con Henry Murcia que era el encargado del taller de carpintería, soldadura y maquinaria, pero no delegaba sus funciones; Henry Murcia hizo el proceso de desvinculación de Ronad, sin embargo, no sabe cómo fue; no sabe si el accionante pidió permiso para ausentarse, los fines de semana quedaba encargado alguien del taller de maquinaria; cuando no había encargado de maquinaria quedaba el más antiguo de soldadura, que podía ser Buenhombre o Peñuela; tenían turnos rotativos; las órdenes y los turnos los daba la compañía por intermedio de Jaime Muñoz y Henry Murcia; de la CTA no se*

hacía control de los horarios; todos portaban el uniforme que Avianca les daba; cree que les daban una carta para que recibieran los uniformes cada 6 meses en el puente aéreo; sólo a los técnicos les daban herramientas; afirmó que para ser jefe o encargado se debía estar vinculado al operador aéreo y eso “lo sé por conocimiento empresarial”; no conoce el contrato entre el demandante y la CTA, ni el de esta última con la línea aérea; habían más técnicos 1 se podía subir de nivel por antigüedad, nunca vio el contrato de Jaime Muñoz; en el contrato de cooperación del testigo se decía que era para cumplir con el contrato de Avianca; si estaban en las instalaciones del aeropuerto, por disposición de la norma aeronáutica debían portar el uniforme de la empresa a la que le estaban prestando el servicio; y **Jorge Enrique Calderón Méndez** se encuentra pensionado por Avianca; trabajaron en el taller de soldadura, Gutiérrez Alfonso cree que era técnico 1; no prestaban servicios en la misma dependencia el actor lo hacía en el taller de soldadura, y él, el testigo, en el de maquinaria; eran talleres distantes, más o menos a una cuadra, coincidían muy poco en los turnos de mantenimiento; “tengo entendido que trabajaba desde 2005”; Ronad Christian trabajaba en Bogotá y algunas veces lo enviaban a otras ciudades; Henry Murcia era el empleado directo de Avianca; no daba órdenes, distribuía el trabajo en maquinaria y soldadura y cada uno sabía qué hacer, porque esa era la función de él; desconoce de la relación entre la CTA y el actor, supone que la CTA era de propiedad de la aerolínea, no sabe a qué se debió el despido, ignora quién era el propietario de las herramientas, había un almacén que les prestaba las herramientas que no tenían; Avianca suministraba a los empleados de mantenimiento en todas las bases chaquetas, camisas, jeans, botas, guantes, gafas, buso y gorra.

Contrario a lo expresado por el Juez de primer grado, no es posible establecer la existencia de subordinación o contrato de trabajo alguno con la compañía aérea desde el año 2005, nótese que el señor Francisco Javier Ramírez Pacheco, dijo que tanto él como Gutiérrez Alfonso ingresaron a trabajar el mismo día en el año 2009 y que antes de eso estuvo en otro taller, pero no precisó si con el señor Gutiérrez Alfonso, mientras Jorge Enrique Calderón Méndez en sus palabras expresó. “tengo entendido que trabajaba desde 2005”, pero eso en nada denota los elementos constitutivos de un contrato de trabajo. Y pese a que obra la certificación expedida por Servicopava a folio 36 en la que

*consta que fue trabajador asociado del 27 de septiembre de 2005 al 20 de abril de 2011, ello no permite dilucidar por sí sólo la relación laboral que se reclama.*

*Aunado a lo anterior de la prueba documental se extrae con claridad que la Cooperativa de Trabajo Asociado determinó el lugar en el que el actor laboraría, ya que se devela que fue la CTA la que determinó el traslado del actor a Rionegro y asumió el pago de los gastos del cambio de domicilio de su asociado, del mismo modo, una vez cometida la conducta que ocasionó la finalización del contrato de asociación, fue la CTA la encargada de adelantar el proceso disciplinario.*

*Tampoco puede entenderse que todas las herramientas las suministrara Avianca S.A., solo porque aquellas tenían la leyenda “AVA” o en razón a que el vale para solicitarlas tenían el logo de la aerolínea, recuérdese que el testigo Jorge Enrique Calderón Méndez, dijo que las herramientas que no se tenían las prestaba un almacén que había dentro del aeropuerto. En gracia de discusión, se encuentra que dentro de la oferta mercantil se contempló: “TERCERA: OBLIGACIONES DEL DESTINATARIO DE LA OFERTA Una vez aceptada la presente oferta mercantil, EL DESTINATARIO DE LA OFERTA se obliga (...) Entregar en comodato los equipos, herramientas o elementos que EL OFERENTE pueda requerir para la correcta prestación de los servicios” (fl. 201).*

*Adicionalmente, no es posible desestimar que el acuerdo comercial contempló para la sociedad demandada, el deber de cubrir los gastos adicionales que se acusaran por temas de carnet, implementos de protección personal, alimentación, uniformes y permisos exigidos por OPAIN, así como los costos de los viajes que tuvieran que realizar los asociados en caso de que se requiriera su apoyo en lugares diferentes al asignado por la Cooperativa (fls. 201 y 202).*

*Por último, Calderón Méndez fue claro al precisar que no recibían órdenes, únicamente se distribuían unas tareas, lo que resulta coincidente con lo confesado por el demandante quien dijo al ser interrogado por el juez, que las tareas se dejaban en un tablero, lo que contradice el dicho de Francisco*

*Javier Ramírez Pacheco, quien sentó en precedencia que se le impartían órdenes. Y es que resulta lógico que si el contrato comercial entre la empresa de transporte aéreo y la CTA consistía en la venta de servicios técnicos para las aeronaves, por lo menos se señalara por la aerolínea, cuáles aviones, requerían el mantenimiento o qué gestiones se requerían a efectos de dar cabal cumplimiento al objeto del contrato comercial, sin que por un acto de supervisión o coordinación de labores se entienda configurada la subordinación.*

*Así del análisis de las pruebas precedentes bajo los lineamientos de los artículos 60 y 61 del CPT y SS, resulta ostensible para la Sala que entre el promotor y la Cooperativa de Trabajo Asociado Clave Integral, verdaderamente existió un acuerdo de asociación y trabajo cooperativo desde el 21 de abril de 2011, el cual se extendió hasta el 12 de febrero de 2016, cuando por decisión de la CTA se dio por terminado el convenio asociativo (fls. 63 a 68); que las accionadas convinieron la prestación de servicios materializados en una oferta mercantil y una orden de compra de servicios en 2011, en cuya virtud el señor Ronad Christian Gutiérrez Alfonso, se desempeñó como Técnico 1, sin que de los referidos medios de convicción se demuestre que ésta ejerció subordinación respecto del trabajador asociado. Por lo tanto los servicios personales del demandante no están sujetos a la legislación laboral y las diferencias que surjan entre éstos no es de competencia de la jurisdicción del trabajo y de la seguridad social, siendo de rigor la absolución de las demandadas.*

*Acotando que al no existir contrato de trabajo, tampoco es factible hablar de la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 34 del CST ni de salarios.*

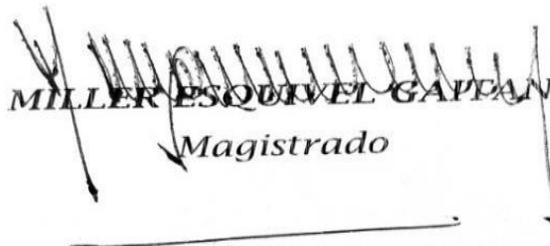
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

**Primero.-** Revocar la sentencia apelada. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia lo serán a cargo de la parte demandante.

Notifíquese legalmente.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA PIEDAD CRUZ BENAVIDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

*A continuación, se procede a dictar la siguiente,*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

**A N T E C E D E N T E S**

**DEMANDA**

*Gloria Piedad Cruz Benavidez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., para que se declare la existencia de vicios en el consentimiento por la falta de información cierta, clara y oportuna al*

*momento se suscribir su formulario de afiliación No. 240200 a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. por medio de la cual se efectuó la afiliación RAIS el 1° de diciembre de 1994, consecuentemente se declare la nulidad de dicho acto de afiliación y en aplicación del principio de favorabilidad, el régimen que más le conviene es el RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia, de lo anterior se ordene a Colpensiones afiliarla y vincularla en ese régimen pensional, se condene a AFP Old Mutual S.A. realizar el traslado de todos los aportes y rendimientos financieros existentes en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a recibirlos. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 a 6 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 20 de octubre de 1960, por lo que cuanta con más de 57 años de edad; el 1° de diciembre de 1994 mediante formulario 240200, la asesora comercial Sandra Cruz Uribe de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. acudió a su lugar de trabajo para realizar vinculación al RAIS, ofreciéndole como información que se podría pensionar a cualquier edad, con una mesada pensional más alta que la RPMPD, manifestándole que ella podía disponer de su capital ahorrado y que el ISS estaba por desaparecer; afirma que no le suministraron la información clara, cierta, suficiente y oportuna de las características del RAIS, la forma para causar su derecho pensional, tampoco se le realizó una proyección de la pensión al momento de vincularse a la AFP ni las posibilidades de pensionarse en cada uno de los regímenes; actualmente se encuentra afiliada a la AFP Old mutual S.A. y cuenta con 1191.43 semanas cotizadas; que el 19 de abril de 2018 esa AFP emitió proyección pensional dando como resultado que a la edad de 60 con un total de 1325 semanas la mesada pensional en el rais sería \$2.919.311 y en el RPMPD sería de \$6.213.353; que en 2006 y 2007 ésta la AFP no envió comunicados antes de cumplir 47 años informando de la prohibición de traslado de régimen para analizar lo más beneficioso en el tema de su pensión; el día 3 de abril de 2008 solicito a la AFP porvenir documentos de soporte de la información suministrada, proyección de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, requisitos para acceder a la pensión en cada régimen, proyección sobre el valor de la pensión en cada régimen en el año 1994 respectivamente; el 24 de abril de 2018 y ésta dio respuesta informando que no existía documentación física que soporte la información brindada porque fue verbal y que para la fecha de la*

*afiliación no tenía la obligación de hacerlo; que el 20 de abril de 2018 presentó solicitud de vinculación a Colpensiones, y en la misma fecha le dio réplica negativa en razón a que está a diez o menos años para pensionarse.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fl 84 y 85); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; la afiliación actual de la demandada a la AFP Old mutual; la solicitud de vinculación presentada ante esta entidad y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó no constarle o no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social de orden público y la innominada o genérica.*

*Por su parte, Old Mutual S.A. hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. describió el traslado oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda en su contra (fls. 108 a 109); frente a los hechos, aceptó la vinculación con de la actora, las semanas cotizadas, la proyección realizada, parcialmente ciertos respecto al valor de la mesada pensional en el rais y en el RPMPD y en a los demás dijo no ser cierto y no constarle; como excepciones propuso inexistencia de la afiliación previa al régimen de prima media, convalidación del acto jurídico, inhabilidad para el traslado de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación, ausencia del deber de asesoría e información, prescripción, buena fe y la genérica,*

*A su turno la AFP Porvenir S.A. contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (fls.160 a 161). Frente a los hechos planteados acepto la fecha de nacimiento, sobre los restantes contesto no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que absolvió a las demandas de todas y cada una de las pretensiones. Declaró probada la excepción propuesta de cobro de los no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la inexistencia de la afiliación previa al RPMPD e inexistencia del derecho para regresar al RPMPD*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la demandante interpuso recurso de apelación insistiendo que se estudie el caso con base a la línea jurisprudencial del máximo tribunal de justicia ordinaria laboral que ha desarrollado en materia de traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta la aplicación de doctrina probable la cual lo jueces podrán aplicarla en casos análogos, como puede ser en este caso en materia de ineficacia en cuanto lo previsto en el literal b del artículo 13 de la ley 100 sobre la libre escogencia de régimen y de ahí en adelante establecer cuales son las características para seleccionar el régimen, cual es la información etc., haciendo extensiva la interpretación dado que no se cumple con el contenido de información que se le tuvo que haber suministrado para tomar una decisión libre y voluntaria para seleccionar su régimen pensional acá lo único que cambia es la vinculación inicial pero la línea es aplicable, utilizando el principio de favorabilidad en su favor*

## CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.*

## RÉGIMEN PENSIONAL DE LA ACTORA

*Insiste la parte demandante a través de la azada en que se declare la nulidad del acto de afiliación al RAIS, ante el incumplimiento en deber de información,*

*aplicando para el efecto la línea jurisprudencial adoptada por la el máximo tribunal de justicia ordinaria laboral, sobre la nulidad de traslado de régimen pensional.*

*Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 1° de diciembre de 1994, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., según formulario No. 240200 que reposa a folio 176, y posteriormente realizó un traslado entre fondos privados a la AFP Old Mutual hoy Skadia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., donde se encuentra actualmente vinculada, conforme al formulario de afiliación incorporado en el folio 122 y se extracta de la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión, SIAFP, (fl 181).*

*De entrada, advierte la Sala del acervo probatorio, que la vinculación de Gloria Piedad Cruz Benavidez al RAIS no obedece a un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino a una afiliación inicial al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, cuando se vinculó con RCN Televisión, en el cargo de ejecutiva de cuenta (1° de diciembre de 1994). Esta precisión se hace necesaria, como quiera que, para que haya traslado de régimen, obligatoriamente la afiliada, tenía que estar vinculada en el sistema integral de seguridad social creado en la ley 100/93, es aquí cuando nacen los dos regímenes pensionales y con ellos su selección (Art. 13 de la Ley 100/93); circunstancia que no ocurre, fue tan solo en el momento en que realizó su vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. cuando expuso su voluntad de inscribirse en uno u otro régimen y ella optó por el RAIS, registrando de esta manera la vinculación inicial al sistema, y al ser ésta su primera y única vinculación, no resulta dable hablar de traslado, ni mucho menos de un cambio de régimen, expresando de esta manera su voluntad de selección.*

*Por esta razón en este caso, no hay lugar a analizar las implicaciones de traslado de régimen pensional, y si bien las AFP están obligadas a informar las implicaciones de la selección, lo que en estos procesos se juzga y reprocha es el engaño a las personas en el cambio de régimen, mudanza que no se probó, ya que lo que aquí se presentó fue una selección inicial de conformidad con los artículos 13 de la ley 100/93 y art. 3 del Dto. 692/94, pero no un traslado, este*

*opera después de efectuada la selección inicial (Art. 15 Dto. 692/94. Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.)*

*Ahora, no resulta atendible para la Sala la aplicación de la línea jurisprudencial adoptada por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto de la nulidad de traslado de régimen pensional, debido a que la doctrina probable fija, de manera general, el alcance interpretativo de una norma dada, en casos fácticamente análogos<sup>1</sup>; como bien lo precisa la Corte Constitucional, en la sentencia C-621 del 2015: “La doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión”. En otras palabras, la doctrina probable no es ni precedente ni criterio auxiliar, es una interpretación autorizada de leyes vigentes, que los jueces siempre deben considerar y de la que, excepcionalmente, pueden apartarse. Así, se precisa que en las decisiones adoptadas de manera reiterada por el máximo tribunal de justicia ordinaria laboral, no se presenta un análisis jurídico respecto de nulidad de la afiliación al momento de la escogencia del régimen pensional, pues el precedente jurisprudencial en materia de nulidad de afiliación versa sobre traslados de régimen pensional, circunstancia que a pesar de las similitudes ya que en esta oportunidad se busca la nulidad del acto de afiliación inicial al RAIS existen diferencias relevantes no consideradas en el criterio jurisprudencial adoptado que impiden igualarlos, y en consecuencia, y al aplicarlo se estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable.*

*Aunado a lo anterior, como la sentencia que declara la nulidad de un acto produce efectos de retrotraer al estado original, se supone que tal acto no tuvo existencia legal, entonces, habría que restaurar las cosas al estado anterior, por lo que de aceptarse lo propuesto por la accionante, implicaría dejarla como si nunca hubiese estado afiliada a un régimen lo cual no es posible de conformidad con del literal a) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el decreto*

797 de 2003, más aun cuando su afiliación y aportes realizados al sistema general de pensiones lo ha sido como trabajadora dependiente. De igual manera, al acceder a declarar la nulidad del acto entre las AFP demandadas y la actora en la forma pedida, implicaría imponerle una obligación a Colpensiones, con lo cual se estaría vulnerado la estabilidad financiera del RPMPD administrado por ésta al ser un fondo común de naturaleza pública, al cual nunca ha pertenecido, diferente al RAIS.

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

**R E S U E L V E**

*Primero.- Confirmar la sentencia apelada.*

*Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la demandante. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$300.000, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE JEFERSON SUÁREZ ROMERO CONTRA BUREAU VERITAS DE  
COLOMBIA LTDA*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021),  
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para  
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la  
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida  
el 20 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta  
ciudad dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*Jeferson Suárez Romero, a través de apoderado judicial, demandó a Bureau  
Veritas de Colombia Ltda., Tecnicontrol S.A.S. y BVQI Colombia Ltda. para que  
se declare la existencia de un contrato de trabajo con el consorcio Grupo Bureau  
Veritas Tecnicontrol, vigente entre el 22 de octubre de 2012 y el 20 de septiembre  
de 2014, que finalizó sin justa causa el empleador y no se realizó el pago total de  
sus acreencias laborales debido a que no se le reconoció nivelación salarial por los  
periodos que prestó servicios como subdirector y coordinador del consorcio. En  
consecuencia, se condene al pago de las diferencias dejadas de pagar por auxilio  
de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios,  
sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por no pago de los  
intereses a las cesantías, indemnización por despido injusto, sanción moratoria*

*consagrada en el artículo 65 del CST; junto con la indexación de las sumas, lo ultra y extra petita, y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 al 9 del expediente, en los que en síntesis se indica que: el Consorcio Grupo Bureau Veritas - Tecnicontrol fue conformado por las sociedades demandadas, para ejecución de un contrato de prestación de servicios suscrito por FONADE con el fin de realizar la evaluación documental y visitas de campo de títulos mineros generales y de proyectos de interés nacional; el 22 de octubre de 2012 suscribió contrato de trabajo a término fijo de tres meses con remuneración mensual de \$2.7000.000, más un paquete de beneficios de \$1.8000.000; diferente a lo ofrecido; que el 1° de marzo de 2013 fue promovido al cargo de subdirector jurídico con una asignación salarial \$6.420.117, y para ese cargo al sueldo asignado por el proyecto tenía un rubro asignado de \$15.000.000; que posteriormente a través de otro sí se le renovó el contrato por un periodo igual, pero sin ajustar los valores económicos asignados al cargo, reiterando en varios de los hechos que se le adeuda las diferencias salariales y prestacionales correspondientes; indica que desde el 1° de agosto de 2013, desempeño cargo como coordinador jurídico nacional cumpliendo las funciones establecidas para dichos cargos; el 20 de septiembre de 2014 la empresa dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa; y que los demandados le adeudan lo peticionado.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por las demandadas en forma legal y oportunamente a través de escrito incorporado a folios 107 a 129, en el que no presentaron oposición la declaratoria de existencia de contrato de trabajo y se opusieron a las demás pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó los relacionado con la constitución del Consorcio Grupo Bureau Veritas - Tecnicontrol, la prestación personal del servicio por parte del actor; sobre los restantes hechos manifestó que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa, formulo las excepciones perentorias que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y cobo de lo no debido, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación del pago del portafolio de beneficios como factor salarial y buena fe.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia contenida en medio magnético fl. 225) en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas y condenando en costas al actor.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solo la demandada presentó alegatos en esta instancia, pidiendo confirmar la sentencia, indicando que comparten en su integridad los argumentos de derecho y la forma en que se valoró el material probatorio por parte de la Juez de conocimiento, que la llevó a absolver a nuestras representadas de todas y cada una de las pretensiones; que durante todo el proceso se logró probar, que no resultaba ser cierto que el demandante hubiera ocupado el cargo que alegaba, pues ello resultaba imposible, en razón a que el cargo de sub director jurídico requería tanto un número de años de experiencia como de práctica en el campo específico en el sector minero lo cual no acreditó el actor y que si bien había prestado sus servicios en cargos distintos al acordado en el contrato de trabajo, las condiciones de servicio y remuneración habían sido acordados de mutuo acuerdo y plasmados en otros ítems al contrato de trabajo, es decir que el demandante había consentido en todas las modificaciones que se habían realizado al contrato de trabajo, lo cual fue aceptado en el interrogatorio de parte aceptado por el demandante.*

## CONSIDERACIONES

### NEXO LABORAL

*No es objeto de discusión que entre el demandante y el Consorcio Grupo Bureau Veritas Tencicontrol, conformado por las sociedades demandadas existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el cual tuvo inicio el 22 de octubre de 2012, fue prorrogado en varias oportunidades a través de la suscripción de otro sí y terminó por decisión del empleador sin justa causa el 20 de*

*septiembre de 2014, con el reconocimiento de la correspondiente indemnización; según se colige de la documental obrante a folios 130 a 139; 147 a 148 y 155 del plenario, esto es copia del contrato de trabajo, otro si de 24 de abril de 2013 y carta de terminación del contrato sin justa causa, así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda.*

#### **NIVELACIÓN SALARIAL - VALORACIÓN PROBATORIA**

*El punto controvertido es el referente a la discriminación salarial por parte de la demandada respecto al actor, por lo que estima que al ocupar igual cargo que los demás trabajadores de la empresa, que desempeñan el cargo de asesor especial devengan sumas superiores, su remuneración debe ser semejante de éstos. Planteada así la litis es al demandante a quien incumbe la carga de la prueba, esto es probar que se les dio un tratamiento diferencial con respecto al trabajador Belisario Vargas (arts. 167 del CGP y 1757 del CC).*

*Establecido lo anterior, y en aras de dilucidar el punto de debate, la discriminación en materia laboral es el tratamiento diferenciado y arbitrario que da el empleador a uno o más trabajadores, con base en motivos amañados y sin una justificación objetiva. Tenemos que el artículo 13 de la Constitución Política, en armonía con el Convenio 111 de la OIT, aprobado en Colombia por la Ley 22 de 1967 y ratificado el 4 de marzo de 1969, consagra, en materia laboral, el principio de igualdad y no discriminación en el empleo, el cual se encuentra incorporado en nuestro estatuto laboral art. 143 del C.S.T., modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011.*

*El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra el principio de igualdad salarial entre los trabajadores que desempeñan una misma labor, en las mismas condiciones de tiempo y eficiencia. Si el trabajador al desempeñar su labor lo hace en las mismas condiciones y su rendimiento es igual al de otro trabajador que desempeña la misma actividad, debe tener el mismo salario, pues de otra manera se estaría violando un principio no sólo de rango legal sino constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Siendo éste un derecho fundamental que tienen las personas para gozar del mismo trato y protección, de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin que pueda existir discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar,*

*lengua, religión, opinión política o filosófica. La eficiencia viene hacer un factor importante para la igualdad pregonada por la norma citada.*

*Para la aplicación de este principio es necesario tener en cuenta que para los casos iguales hay que aplicarse un tratamiento igual, y un tratamiento diferente respecto a aquellos que presentan características desiguales, pues hay que considerar las circunstancias diversas o las condiciones en las que se desenvuelven los sujetos, o por las situaciones de orden particular que puedan afectarlos.*

*La Honorable Corte Constitucional ha expresado que el principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igual de supuestos diferentes (sentencia T 526 de 1992). En otro pronunciamiento señaló:*

*“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal: el se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática” (sentencia C -221 de 1992).*

*La Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que “El texto legal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, es aplicable también a casos individuales, pero a este nivel ha sido estricta la exigencia de que se demuestre plenamente la igualdad en las condiciones de eficiencia entre dos trabajadores que reciben remuneración distinta, en el mismo oficio y en igual puesto y jornada. Ahora bien: es de sentido común que la antigüedad en el trabajo y la experiencia consiguiente puede estar en un momento dado en relación directa e inequívoca, con la eficiencia del trabajador...” (sentencia 14 de noviembre de 1957).*

*Así las cosas, no toda desigualdad genera necesariamente una discriminación, ya que la igualdad sólo se vulnera en la medida en que la diferenciación no encuentra respaldo en una justificación objetiva y razonable, siendo ésta el resultado de un análisis previo entre los medios empleados y el fin de la medida considerada (relación de proporcionalidad).*

*De manera que al revisar las pruebas allegadas a los autos y ser examinadas bajo los lineamientos del artículo 61 del CPT y SS, encuentra la sala que obra en el plenario, certificación laboral de fecha 29 de septiembre de 2014 expedida por el Consorcio Grupo Bureau Veritas- Tecnicontrol (fols 16 a 18); desprendibles de nómina para los años 2012 y 2013 (fols 22-24); misiva de fecha 28 de enero de 2013 asunto modificaciones perfiles profesionales (fols 166-169); contrato de trabajo suscrito entre la partes de fecha 22 de octubre de 2012 (fols 130 a 139); otrosi del 24 de abril, 15 de abril 2013, 25 de julio y 01 de agosto de 2013 (fol 147 a 154); ofertas laborales emitidas por el citado consorcio (fols 170 a 181) cd contentivo de la oferta mercantil y contrato de apoyo de gestión N° 2122052 suscrita por consorcio bureau veritas- tecnicontrol y el Fondo Financiero de proyectos de desarrollo "FONADE"; hoja de vida del demandante y del señor Juan de Dios Galvis.*

*Así mismo, se absolvió los interrogatorios de parte a los representantes legales de las demandadas Tecnicontrol S.A.S. y Bureau Veritas de Colombia Ltda. quienes manifestaron que el demandante fue contratado como abogado para el desarrollo del proyecto OPC 017 de 2012 suscrito con FONADE; que en algún momento el consorcio le solicitó al trabajador realizar unas funciones adicionales por un periodo de tres meses entre el 22 de marzo de al 31 de julio de 2013, mientras se contrataba un subdirector jurídico y posteriormente se le dieron unos roles de coordinador según otro-si de fecha 24 de abril de 2013. En relación con la remuneración, el representante legal de Tecnicontrol, señaló que el cargo de subdirector devenga actualmente un salario de quince millones de pesos (\$15.000.000.) y el de coordinador estaba conformado por dos 2 rangos, el de planta o pliegos con un salario de seis millones de pesos (\$6.000.000) y el segundo a voluntad de las partes por que no estaba dentro de las especificaciones técnicas de contratante; que el salario de los abogados ascendía a la suma de \$2.700.000.°° y un auxilio no prestacional de \$1.800.000.°, el cual fue acordado con el demandante*

*Por su parte el demandante al absolver interrogatorio de parte, manifestó no conocer los requisitos exigidos para desarrollar u ocupar el cargo de subdirector jurídico; que su experiencia profesional antes de la celebración del contrato con el consorcio era de 8 años y en campo minero-petrolero 3 años. Y sobre las*

*condiciones de servicio y remuneración habían sido acordados de mutuo acuerdo y plasmados en otros ítems al contrato de trabajo.*

*Se recibió el testimonio de Nelson Acosta Pinto, que fue tachado por la parte demandada, la que no tiene vocación de prosperidad por cuanto el hecho de que un trabajador que es citado como testigo en un proceso haya iniciado una acción judicial contra las mismas empresas demandadas en el proceso en que rinde su declaración, no es suficiente para considerar que su credibilidad se vea afectada, pues así lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 13 de junio de 2012, radicación 41198, aunado a que sus manifestaciones fueron claras y precisas, sin que se observe tendencia en favorecer los intereses del promotor. En su declaración señaló conocer al demandante en el consorcio Bureau Veritas en 2013 desempeñando funciones como abogado, agregando que durante el proceso del proyecto, tuvo funciones de coordinador del grupo de abogados y luego de subdirector jurídico por renuncia o despido del señor Juan de Dios, hecho que tiene conocimiento porque en las reuniones y ante los abogados se presentaba como subdirector jurídico, no obstante en cuanto la remuneración salarial reconocida la actor manifestó no tener conocimiento de ello.*

*Del material probatorio recaudado se concluye que si bien se encuentra acreditado que el señor Jeferson Suarez Romero desempeño funciones de subdirector jurídico encargado y coordinador de abogados tal y como lo aceptaron los representantes legales en su interrogatorio de parte y se corrobora con la documental obrante a folios 149 a 152, dicha circunstancia no constituye un hecho determinante para que opere a favor del trabajador lo consagra el art. 143 del C.S.T., en tanto a la parte accionante a quien le correspondía la carga de la prueba, conforme lo previsto en el artículo 167 del CGP, no cumplió con la carga procesal de acreditar que durante el tiempo que prestó sus servicios como subdirector jurídico encargado y coordinador de abogados su remuneración fue inferior al devengado por otros u otros trabajadores que desempeñaban el mismo cargo y bajo las mismas condiciones, eje de partida para dar aplicación al principio a trabajo igual, salario igual; pues nótese que si bien en el hecho 12 de la demanda se señala que el señor Juan De Dios Galvis fungió como subdirector jurídico, al plenario no se aportó prueba alguna que conduzca a la Sala a*

*establecer cuál fue su salario, y de esta manera verificar si los demandados dieron un trato diferenciador en el ámbito salarial para con el demandante.*

*Así al no encontrarse del material probatorio un trabajador en similares condiciones, para concluir esa discriminación alegada, ni mucho menos el término de tal circunstancia diferencial, sin que sea posible hacer un aproximado para que pueda operar tal nivelación, son razones suficientes para confirmar la sentencia consultada en el sentido de absolver a las sociedades demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, atendiendo que las demás súplicas dependían del resultado de la antes analizada.*

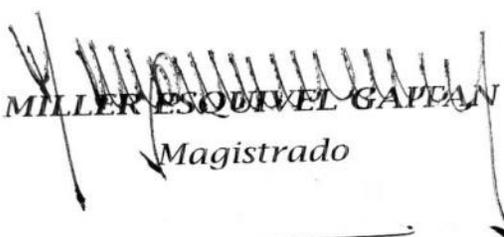
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**R E S U E L V E**

*Primero.- Confirmar la sentencia consultada.*

*Segundo.- Sin costas en este grado jurisdiccional.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado