

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 13-2016-661-03

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: EDGAR AMILCAR PEÑA PARRA

DEMANDADO: RODOLFO RAMOS REYES

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, los alegatos de la parte actora y demandada.

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de fecha agosto 12 de dos mil veinte (2020); por medio de la cual se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo, desarrollado entre el 31 de marzo y el 27 de octubre de 2014, CONDENÓ a pagar salarios, prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización moratoria y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones, declarado no probadas las excepciones propuestas. (fls 83 al 85).

P R E T E N S I O N E S

El señor **EDGAR AMILCAER PEÑA PARRA**, demandó a **RODOLFO RAMOS REYES**, como propietario del establecimiento **DIRECCIONES LA RRR** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato laboral el 1 de marzo y el 27 de octubre de 2014 y en consecuencia se le condena al pago de prestaciones, indemnizaciones, sanciones moratorias, extra y ultra petita. (fls 4 al 7).

HECHOS

Como fundamento de las pretensiones afirma que ingresó a laborar mediante contrato verbal el 1 de marzo de 2014, en el cargo de tornero, que cumplió horario y el salario devengado ascendió a la suma de \$616.000, que no pagó prestaciones ni durante el contrato ni a la finalización del mismo, hecho que tuvo lugar el 27 de octubre de 2014, sin justa causa. Que se citó al demandado a audiencia de conciliación el 18 de marzo de 2015 y que este no asistió. (fls 4 al 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue contestada mediante apoderada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, afirmando que, si existió contrato, pero no en las fechas indicadas y que este terminó por decisión del demandante y que se ha negado a recibir la liquidación. Frente a los hechos aceptó la existencia del contrato, pero no en las fechas señaladas por la parte actora, aceptó el cargo y salario afirmando que fue el demandante quien abandonó el cargo. Dijo haber recibido la citación a audiencia de conciliación, pero señaló que fue el mismo día de la diligencia y por ello no pudo asistir. Propuso las excepciones que denominó caducidad de la acción, mala fe y genérica. (fls 17 a 33)

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá profirió la sentencia, que hoy revisa la Sala y cuyos argumentos en síntesis fueron los siguientes: *“Se procede a dirimir la controversia, teniendo como problema jurídico el de establecer los extremos de la relación laboral deprecada y si es del caso proceder a liquidar las acreencias solicitadas en la demanda, todo previo a las siguientes consideraciones: Frente a la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, sobre el particular se advierte que no es objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual se pactó de forma verbal, en donde el promotor de la litis desempeñó el cargo de tornero, devengando como salario mensual la suma de \$616.000, pues así fue aceptado por el demandado desde la contestación de la demanda, como se aprecia a folios 27 a 30 del paginario. Sin embargo, no se sucedió lo mismo frente a los extremos de dicho vínculo contractual, por cuanto el demandante señala que la relación laboral se dio desde el 1 de marzo hasta el 27 de octubre de 2014, en tanto que la parte demandada arguye que el contrato inicio el 31 de marzo y finalizó el 5 de noviembre de 2014. Así las cosas, a efectos de establecer tal aspecto, se recuerda que, en la etapa de conciliación de la audiencia, llevada a cabo el 17 de octubre de 2018, el juzgado declaró confeso al accionado respecto del hecho 2 de la demanda, el cual señala que el demandante inicio las labores el 1 de marzo de 2014, confesión que conforme lo reglado en el artículo 197 del código general del proceso, admite prueba en contrario. Aunado a lo expuesto, a folios 11 a 12 del expediente, se encuentra el reporte de semanas de cotización a Colpensiones, donde aparece el demandante afiliado a dicha entidad desde marzo de 2014 hasta octubre del mismo año, reportando la demandada un día en el mes de marzo y 27 días para octubre, señalándose para esa fecha también la novedad de retiro. Además, se encuentra carta de renuncia del actor del 5 de noviembre de 2014, la cual está dirigida al establecimiento de comercio de propiedad del demandado, escrito que fuera recibido el 12 de diciembre de 2014. Es así que pese a que la parte actora, tanto en su libelo genitor como en el interrogatorio de parte, insiste en que la prestación del servicio se dio desde el 1 de marzo de 2014, lo cierto es que no se acreditó que antes del 31 de marzo existiera una prestación personal del servicio, por lo que con la escasa probanza que hay en este proceso, se dará credibilidad a lo referido en los folios 11 y 12 del expediente, esto es, la historia laboral, en donde se aprecia que en marzo de 2014 se reportó solo 1 día de cotización, **teniéndose así como extremo inicial del vínculo laboral el 31 de marzo de 2014**. Por otro lado, si bien la demandada indicó que la relación finalizó el 5 de noviembre de 2014, incluso sorprende a este despacho que la apoderada de la demandada también insista que fue en noviembre de 2014 en sus alegatos de conclusión, lo cierto es que el demandante alegó que lo fue el 27 de octubre de esa misma anualidad, también esto fue confesado en esta diligencia en su interrogatorio*

de parte, cuando la suscrita le indagó hasta cuando él había prestado el servicio, indicándose de manera clara y sin dubitación alguna que lo fue **el 27 de octubre de 2014, fecha que coincide según se advierte en la contestación del hecho 9 con el último día de prestación personal del servicio, además con los días pagados a pensión en octubre de 2014, ciclo en el que además se reportó la novedad de retiro, como se aprecia a folio 12 del paginario. Por lo que se tendrá esta data como extremo final de la relación. Se reitera, con las probanzas antes analizadas, la relación laboral entre el aquí demandante y el demandado surgió el 31 de marzo de 2014 y finalizó el 27 de octubre de la misma anualidad.** Igualmente, conforme a lo alegado por activa y aceptado por pasiva, se tiene que el demandante desempeñó el cargo de tornero y recibió por concepto de salario la suma de \$616.000 que equivalía para el 2014 a un salario mínimo legal mensual vigente. Así las cosas, al no obrar prueba en el plenario del pago de los derechos laborales aquí reclamados, pese a haberse aceptado la relación laboral, no queda otro camino a esta juzgadora más que proceder con las condenas respectivas, pues aunque por pasiva se dice que el demandante no reclamó su liquidación, tampoco se aprecia o se alegó la existencia de un depósito judicial con el que el demandado procediera a sufragar las obligaciones que como empleador le correspondía en favor del aquí demandante. Es así que revisado el libelo genitor frente a las pretensiones, se advierte que el demandante alegó que no se le había pagado el salario correspondiente del 15 al 27 de octubre de 2014, esto es por 13 días, sin que en el plenario se probara su pago, por lo que teniendo en cuenta que el promotor de la litis devengaba la suma de \$616.000 de manera mensual, hay lugar a condenar al pago por este concepto por el monto de \$266.933.33, pues se reitera en el plenario no obra prueba del pago de este salario del 15 al 27 de octubre de 2014, lo cual tampoco fue aceptado en esta diligencia en interrogatorio de parte, sin que se advierta por tal motivo, confesión al respecto. En cuanto a el auxilio de cesantías, frente a esta se tiene que tampoco se encuentra probado su pago, pues incluso por pasiva se alega que se intentó pagar pero que el actor no reclamó su liquidación, lo que no lo exime de sufragar esta obligación, pues como se dijo precedentemente tenía otras vías como el pago de depósitos judiciales que incluso pudo haber hecho incluso desde antes de esta diligencia y no se alegó y tampoco se advierte el pago. Es así que habrá lugar al pago proporcional por el tiempo laborado que corresponde a 6 meses y 28 días o 208 días, pues téngase en cuenta que en marzo laboró un día, de abril a septiembre hay 6 meses y en octubre laboró 27 días, que se reitera, ello corresponde a 6 meses, 28 días o equivale a 208 días. Así las cosas, al no haberse probado el pago del auxilio de cesantías, y tampoco haberse confesado por parte del demandante en su interrogatorio este pago, habrá lugar a condenar por estas a la suma de \$355.911.11. También reclama el promotor de la litis el pago de intereses sobre las cesantías y su sanción, frente a este de

conformidad con el numeral 2 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, los intereses sobre las cesantías se le deben pagar directamente al trabajador y es sobre el valor del 12% de estas, que para el presente caso corresponde a la suma de \$24.676.49, del cual no se acreditó su pago, tampoco fue confesado en esta diligencia en interrogatorio de parte su pago. Y al no haberse pagado en el término de la liquidación del contrato, se duplicará conforme lo establece su sanción, por lo que frente a los intereses a las cesantías y su sanción por pasiva se deberá pagar en favor del demandante la suma de \$49.352.98, reitero, \$49.352.98. Frente a la prima de servicios, esta es una obligación del empleador que tiene para pagar a sus trabajadores, esta prestación y corresponde a 30 días de salario por año, que para el presente caso estas deben pagarse de manera proporcional y al no haberse probado su pago y no haberse confesado el pago por parte del demandante en esta diligencia, corresponde sufragar al empleador por este concepto la suma de \$355.911.11. Frente a la compensación de vacaciones, a efectos de liquidar esta prestación, se trae a colación lo previsto en el artículo 187 del código sustantivo del trabajo, que estableció: “La época de vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año subsiguiente, y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.” Resultando con ello diáfano que el empleador tiene un año para otorgarse, por lo que para el trabajador las vacaciones se hacen exigibles un año después de causado el derecho, temporalidad que no se cumplió en el presente caso, sin embargo, a la finalización de la relación laboral se debía pagar su compensación de manera proporcional, y al no haberse probado su sufragación y tampoco haberse confesado por parte del demandante este pago, se condenará a la suma de \$177.955.55. Frente a la indemnización por despido injusto, se tiene que en cuanto a la indemnización por despido injusto debe indicarse que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo de pasiva la demostración o la justeza del mismo. No obstante, en el presente caso que se alega por el promotor de la litis que este dio por terminado el contrato de trabajo por causas imputables a su empleador. Por lo que se hace necesario memorar lo establecido en el parágrafo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo que establece: “La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa terminación. Posteriormente no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos.” En el presente caso, el demandante en su interrogatorio de parte señaló que la causal o el motivo por el que dio por terminado el contrato, fue porque su empleador le ordenó subirse a unas escaleras, a lo cual se negó en punto de su edad, no obstante lo anterior, esto fue traído a colación hasta el día de hoy en esta diligencia o se alegó el despido indirecto desde la demanda pero el motivo como tal fue concretado hasta esta diligencia, sin embargo, el plenario como obra a folio 34,

en este folio obra la carta mediante la cual el demandante formalizó su renuncia y en esta se indica que lo hizo por motivos personales, sin alegar cuales eran estos motivos y agradeció la oportunidad brindada. Por lo que de esta no se colige que se alegara alguna causal reprochable al demandado, por lo que conforme con la norma en cita no hay lugar a condena en este aspecto y en esta medida se absolverá, por cuanto téngase en cuenta que con el único dicho que respalda que fue por causales imputables al empleador, es lo expuesto por el demandante en su interrogatorio de parte, lo cual no es ninguna confesión, no se puede tener como confesión al respecto, pues este le favorece y se reitera que existe en el plenario documental a folio 34, en donde se advierte que renunció por motivos personales, sin indicar cuales y agradeció la oportunidad brindada, se reitera que conforme con el parágrafo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, por no haber alegado otro motivo diferente en la oportunidad en que se extinguió la relación laboral, no habrá lugar a condenar por esta indemnización por despido indirecto. Ahora, respecto de lo que tiene que ver con la indemnización por falta de pago establecido en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, se debe tener en cuenta que esta no opera de manera automática, ya se su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que dieron la conducta del empleador, que a pesar que no sean correctos jurídicamente pueden considerarse razonables, en ello frente que el trabajador se sustrae sin justificación atendible al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral, tal como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias con radicación 23657 del 29 de noviembre de 2005, sl10632 de 2014, sl2958 de 2015, además de la sl71452015, sl2148 de 2018 y más recientemente la sentencia sl677 de 2020. Es así que como viene deberse la aplicación de esta indemnización, no es automática, en el presente caso, como viene de verse se le adeuda al demandante unos salarios y todas sus prestaciones laborales durante el curso de su relación laboral, justificándose incluso en la contestación de la demanda se acepta que en efecto se adeuda tales conceptos por cuanto indica la parte demanda que en repetidas oportunidades requirió al demandante a través del señor Rene Pulido para que se acercara por su pago y este no lo hizo, sin embargo esta juzgadora le preguntó en más de una oportunidad en el interrogatorio de parte al demandante que si el señor Rene Pulido incluso por solicitud de la apoderada de la parte demandada, que si este también le preguntó a la señora Martha o que la señora Martha o el señor René Pulido lo haya requerido para que se acercara al demandado para pagar sus prestaciones sociales, negando rotundamente ello el demandante, por cuanto indicó que ni la señora Martha ni el señor René Pulido en ningún momento lo requirieron para que se acercara para que se le pagara sus prestaciones sociales o su liquidación, en tanto que por el contrario indicó que había sido el, es decir el demandante, quien en repetidas oportunidades se había

acercado con la señora Martha quien indicó que era la secretaria del demandado a efectos que se le pagaran sus acreencias laborales. No obstante, que le decían que no había plata, que siempre le salían con evasivas y que en todo caso no se le pagó. Es así que desde la contestación de la demanda se advierte que el demandado sabía o era consciente de su obligación de pagar estas acreencias laborales, sin embargo, en primer lugar no acreditó su dicho que era el conforme con el artículo 167 del código general del proceso, era a el quien le correspondía la carga de probar su dicho, esto es, que a través del señor rene pulido se le había requerido varias veces al demandante para que se acercara a reclamar sus prestaciones sociales, y en todo caso podía acudir a un depósito judicial para cumplir con su obligación. Teniendo en cuenta que no se dio su causación para el no pago de su carga de pagar los salarios debidos y las prestaciones sociales debidas, habrá lugar a condenar al pago de esta indemnización. En este caso, se tiene que el demandante devengaba la suma mensual de \$616.000 para el 2014, que corresponde a un salario diario de \$20.533.33, por lo tanto, deberá pagar la suma antes referida desde el 28 de octubre de 2014 hasta que se paguen los salarios y prestaciones sociales debidas por los que se elevará condena, ello conforme con el párrafo 2 del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, al haber devengado el demandante un salario mínimo legal mensual vigente. En cuanto a las excepciones propuestas por pasiva, teniendo en cuenta que por pasiva no se alegó la excepción de prescripción y esta no es declarable de oficio como lo establece el artículo 282 del código general del proceso, se tiene que las anteriores acreencias laborales y salarios no se encuentran prescritos. Ahora bien, el juzgado estudiará la excepción propuesta por el demandado que denominó caducidad de la acción, la cual sustenta indicando que si bien se puede establecer que el actor interpuso la respectiva acción dentro del término para ello, también lo es que la misma ha caducado, pues el día 24 de abril de 2018, el accionado recibió el citatorio de que trata el artículo 291 del código general del proceso, por lo que este acudió el día 27 del mismo mes y año al juzgado para notificarse personalmente de los autos del 21 y 24 de noviembre de 2016, estos son el auto que admitió la demanda y el auto que corrigió dicho auto admisorio, como obra a folios 14 y 15 del paginario. Es decir, que tan solo procedió a notificarse un año y 4 meses después de tales proveídos, lo que debió surtirse a más tardar en noviembre de 2017, frente a ello es que la pasiva justifica o expone su excepción de caducidad de la acción. Es así que es necesario traer a colación lo normado en el artículo 94 del código general del proceso que señala, frente a la interrupción de prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora lo siguiente: La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de 1 año contado a partir del día siguiente a la

notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. Por su parte, la sala laboral de la corte suprema de justicia ha dicho en sentencia SL400 de 2019, con radicado 67968 del 23 de enero de 2019, al tratar frente a este tema: **“la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado. Lo cual mutatis mutandis aplica para la caducidad, pues la aplicación del artículo 94 del código general del proceso no se hace de forma automática, sino que resulta necesario establecer si la notificación no se realizó por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado como se indicó en sentencia SL3693 de 2017, que se reitera se aplica al caso mutatis mutandis.** Luego entonces, procede el juzgado a verificar si se presentó el fenómeno de la caducidad en los términos aludidos en la norma antes citada y teniendo en cuenta también la jurisprudencia en referencia. Teniendo de cuenta lo anterior, a folio 13 aparece el acta de reparto con la que se indica que la presentación de la demanda fue instaurada el 15 de noviembre de 2016, el auto admisorio data del 21 de noviembre de esa misma anualidad como obra a folio 14 y la corrección del mismo se dio el 24 de noviembre de 2016, como se puede ver a folio 15 del paginario. Las labores de notificación al demandado se llevaron a cabo por el actor como consta a folios 16 a 19, el 5 de diciembre de 2016, en donde se dirigió el citatorio al demandado a la dirección que se informó en su escrito inaugural, la cual coincide con la que obra en el certificado de matrícula de comercio del establecimiento de comercio, dirección las 3 r, como obra a folio 8 que es de propiedad del accionado y donde el actor prestó los servicios, citatorio que resultó infructuoso por cuanto la dirección estaba errada, según certifica la empresa de correo postal, como se puede ver a folio 17. No obstante, **se reitera que la dirección de notificación coincide con la registrada en el certificado de matrícula del establecimiento de comercio, por lo que este fracaso no puede ser atribuido en perjuicio de la activa, quien en menos de 15 días de haberse admitido la demanda, procedió con los tramites de notificación de manera diligente.** Atendiendo tal impase, el juzgado mediante auto del 21 de marzo de 2017, folio 20, autorizo la notificación al accionado a la dirección que informó el promotor de la acción a folio 16, lo que se surtió el 3 de mayo de 2017, como consta a folios 22 a 24. La cual también resultó negativa, conforme lo certifica la empresa de correo postal a folio 22. No obstante, hasta aquí se acredita una actividad diligente de la activa ante la notificación que a su cargo estaba. Por tanto, el juzgado nuevamente mediante auto del 18 de julio de 2017, folio 25, requirió a la parte actora para que procediera a realizar los trámites necesarios para obtener la dirección correcta del demandado y efectuara el citatorio de que trata el artículo 291 del código general del proceso en debida forma sin que

se aprecie actividad de la parte actora después de esto. A su turno, la siguiente actuación que se avizora en el plenario es la notificación personal de la demanda por parte del accionado el 27 de abril de 2018, folio 26, el cual al contestar la demanda allegó a folios 38 y 39 el baucher de envió del 20 de abril de 2018 y el citatorio el cual indica que fue recibido el 24 de abril de 2018. Pese a ello se tiene que si en gracia de discusión se trata del actuar negligente por activa, este se dio con posterioridad a la orden emitida en proveído del 18 de julio de 2017, sin que hasta la fecha que informa el demandado se dio la notificación, transcurriera el término para que se produjera la caducidad, pues se reitera que frente a los dos intentos primigenios de notificación la parte activa fue diligente al respecto. **Así las cosas, pese a que se superó el termino regulado en el artículo 94 del código general del proceso, se observa que ello no fue por descuido o negligencia dela activa, por lo que conforme a la jurisprudencia que ha estudiado casos similares no hay lugar a aplicar la caducidad en el caso en concreto, pues finalmente al demandado se le notificó en una tercera dirección sin que obre prueba en el plenario que esta fuera conocida por la activa como hoy lo alegó la parte demandada, pero sin embargo no se prueba que por la activa fue conocida esta dirección con antelación y ello no se alegó, pues la dirección en que finalmente se notificó al demandado si quiera coincide con la registrada en el certificado de cámara y comercio, reiterándose que esto no fue alegado por pasiva. En los alegatos de conclusión la apoderada del demandado indicó que la dirección en donde se notificó si era conocida por el demandante, pues coincide con la registrada en el certificado de matrícula del establecimiento de comercio, no obstante, téngase en cuenta lo siguiente: la dirección en que se notificó finalmente el demandado es la calle 17 #118-01, y la dirección que registra en el certificado de matrícula de establecimiento de comercio, como obra a folio 8 del paginario es la calle 17 118 03, por lo cual contrario a lo que indica la apoderada de la parte demandada, no es cierto que haya sido la misma dirección en la que se notificó y la registrada en la cámara de comercio. Por tanto, este argumento no es acogido por el despacho y por tanto como se dijo en precedencia, no prospera la excepción de caducidad. Igualmente tampoco prosperan las demás excepciones, conforme las resultas del proceso. Frente a las costas, estas corren a cargo del demandado en favor del demandante para lo cual se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$100.000. En mérito de lo expuesto, el juzgado 13 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:**

1. Declarar que entre el demandante señor Edgar Amilcar Peña Parra y el demandado señor Rodolfo Ramos Reyes en calidad del propietario del establecimiento de comercio direcciones las 3 r, existió un contrato de trabajo verbal a termino indefinido entre el 31 de marzo hasta el 27 de octubre de 2014;

2. Condenar al señor Rodolfo Ramos Reyes en calidad del propietario del establecimiento de comercio direcciones las 3 r a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero:
 - Por el salario del 15 al 27 de octubre de 2014, la suma de \$266.933.33
 - Auxilio de cesantías del 31 de marzo hasta el 27 de octubre de 2014, la suma de \$355.911.11
 - Intereses sobre las cesantías y su sanción, la suma de \$49.352.98
 - Prima de servicios del 31 de marzo al 27 de octubre de 2014, por la suma de \$355.911.11
 - Compensación de vacaciones del 31 de marzo al 27 de octubre de 2014, la suma de \$177.955.55
 - Frente a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del código procesal sustantivo del trabajo, se condena a la suma de \$20.533.33 diarios desde el 28 de octubre de 2014, hasta que se paguen los salarios y prestaciones sociales por los cuales se elevó condena, todo lo anterior conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta diligencia.
3. Absolver al demandado de las demás pretensiones propuestas en su contra, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.
4. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada por lo antes expuesto.
5. Condenar en costas al demandado en favor de la parte demandante, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$100.000.

Inconforme con esa decisión la apoderada de la parte demandada interpuso recurso así: *.. Muchas gracias, su señoría, la suscrita apoderada va a proceder a presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho. y voy a presentar los siguientes reparos: bueno, respecto de las excepciones propuestas, se alegó la caducidad de la acción, teniendo en cuenta la indebida notificación, señora juez, de la simple análisis del citatorio de que trata el artículo 291 del código general del proceso, los cuales fueron practicados dentro del proceso de la referencia, se nota que el demandante únicamente notificó la providencia del 21 de noviembre de 2016, y como usted bien lo informó el 24 de noviembre de 2014, también se realizó...entonces como venía informando, mediante providencia del 21 de noviembre de 2016 se admitió la demanda, pero dicha providencia fue corregida también mediante providencia del 24 de noviembre de 2016, en los citatorios de que trata el artículo 291 que fueron aportados por la parte demandante, solo se evidencia la notificación de la primera providencia, esto es la del 21 de noviembre del 2016, mas no la del 24 de noviembre de 2016; segundo, si bien la notificación se surtió ante la dirección que registraba en el certificado como tal, se debió haber procedido de conformidad con el numeral 4 del artículo 291 del código general del proceso, que reza lo siguiente: Si la comunicación es devuelta con la anotación de que la dirección no existe o que la persona no reside o no trabaja en el lugar, a petición del interesado se procederá a su emplazamiento en la forma prevista en este código. Señora juez, lo cierto es que la parte activa, 15 días después de que se profirió el auto realizó las funciones*

necesarias a la notificación, si mantuvo una inactividad respecto del proceso y los trámites de notificación pertinentes hasta el año 2018, que fue donde se efectuó la notificación debidamente, que fue positiva, en este sentido me permito traer a colación lo manifestado por la sala laboral, mediante sentencia SI9575 de 2017, donde se indicó, se hizo analogía, como lo he manifestado, al estatuto procesal respecto del fenómeno de la interrupción, donde se indicó: los fenómenos de interrupción y suspensión aplicados a la prescripción en el proceso laboral, se establecen respecto de la pertinencia de aplicar en el proceso laboral la figura de la prescripción prevista en los artículos 90 y 91 en el código de procedimiento civil, vigente para los hechos, debe distinguirse dos fenómenos jurídicos diferentes, la interrupción y la suspensión, en este sentido, el código sustantivo del trabajo en su artículo 489 y 151 regula lo pertinente a la interrupción, que se caracteriza porque el plazo empieza a contarse de nuevo y desaparece el anterior, mientras la suspensión se fundamenta en una norma del código civil y se da lugar a un margen en espera del transcurso del término, de modo que cuando termina el motivo que originó la suspensión, el computo del plazo se reanuda en el punto que había quedado. Haciendo referencia a lo anterior, se debe contar que desde el mes de octubre de 2014, fecha en la que como manifestó su señoría, quedó probada la terminación del vínculo laboral el 27 de octubre, el termino como tal para interponer la presente demanda vencía el 27 de octubre de 2017, **lo cual ocurrió dentro del término previsto para ello, sin embargo también se debe entender que existió una suspensión de los términos, el 18 de marzo de 2015 con la convocatoria a la audiencia de conciliación ante el ministerio del trabajo, lo anterior el término se reanudaba el 18 de marzo de 2015 hasta el 18 de marzo de 2015, no obstante lo anterior, durante ese lapso tampoco se dio cumplimiento en lo establecido en el ahora artículo 94 del código general del proceso, como bien lo citó la señora juez, puesto que después de notificada la demanda no se surtió la notificación, señora juez, no basta con que el apoderado de la demandada haya presentado y haya seguido aportado las direcciones, si no lo hizo en un tiempo prudente como tal, pues el código tiene unos términos que son improrrogables atendiendo también a la seguridad jurídica de las partes, y ello se atendió como se manifestó anteriormente a la negligencia como tal de la apoderada de la demandada, señora juez. Por lo anteriormente expuesto, también es importante manifestar que en la conciliación que se efectuó en el mes de marzo de 2015, se efectuó a una dirección donde se recibían...**

Adicional a lo indicado, señora juez, la notificación que se realizó de la conciliación ante el ministerio del trabajo fue remitida a la dirección donde efectivamente fue positivo el citatorio de que trata el artículo 291, sino existe prueba como tal pero si llegó efectivamente, puesto que las direcciones concuerdan con el predio como tal pero al tratarse de una bodega no hay una recepción como tal de la misma, no se

puede realizar de manera idónea, señora juez, por todo lo anterior, solicito que por favor me conceda el recurso de apelación y se han remitidas las diligencias al tribunal superior, la sala laboral, para que resuelva lo que en derecho corresponda. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, la Sala resolverá el único punto del recurso esto es el fenómeno extintivo denominado prescripción y sobre el que antes se harán algunas precisiones.

La primera de ellas es que en materia laboral la jurisprudencia ha sido clara al definir que se trata de prescripción y que es adjetiva, pues se trata de la **prescripción de la acción**, siendo su regulación, autónoma contenida en normas sustantivas y de procedimiento, propias se itera del derecho laboral. (Artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C P del T.S.S.)

Conviene destacar en segundo lugar que esta prescripción extintiva en materia laboral, tiene como finalidad el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción, cuya omisión generará las consecuencias extintivas que su misma definición indica, sobre los derechos reclamados.

Ahora bien, como prescripción extintiva esta puede ser interrumpida y dicha interrupción, ocurre de dos formas: **i) extraprocesalmente mediante la reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados** y **ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 94 del CGP, aplicable por remisión expresa del art 145 del C P del T y de la S.S.**

Frente a esta última, es decir frente a la prescripción judicial, es que se dirige el recurso, señalando contrario a lo afirmado por el Juez que el retardo en la notificación de la demanda fue negligencia del demandante.

Claro resulta y conforme a lo anotado, que el trabajador cuenta con 3 años desde la fecha de exigibilidad de sus derechos para reclamarlos, y este término puede ser interrumpido por él de dos maneras: - mediante reclamo

escrito recibido por el empleador o, - mediante la presentación de una demanda con la que se reclamen aquellos, siempre que esta sea notificada en los términos, se itera del art 94 del C GP; que a la letra en su parte pertinente expresa:

ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. *La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado...*"

No obstante este término de un año para notificar el auto admisorio de la demanda también ha sido objeto de análisis por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como aquellas en que se apoyó la Juez y en donde esa corporación ha señalado que no toda tardanza puede ocasionarle al trabajador las consecuencias del fenómeno extintivo, pues si ello no es atribuible a él, lógicamente y así aparezca objetivamente acreditado el paso del tiempo, no se puede, por decirlo de alguna manera, castigar a quien reclama derechos sociales.

Es claro y no se discute, pues así lo analizó la Juez que entre la admisión de la demanda, **esto es, noviembre 21 de 2016 (fl 14), - providencia corregida por error al ordenar traslado a persona diferente del demandado, mediante auto de noviembre 24 (fl 15); y la notificación al demandado, transcurrió más de un año, pues tuvo lugar el 27 de abril de 2018, (fl 26).**

Sin embargo, como encontró la Juez esta tardanza no puede ser atribuida al demandante y en eso se equivoca el recurrente, quien dicho sea de paso solo lo afirma, sin que parezca así acreditado en el proceso; pues por el contrario lo que se observa es que, desde la admisión, la parte actora realizó todos los actos posibles para lograr la notificación, nunca puede inferirse de su conducta actos elusivos a la misma. (Ver folios 16 al 26).

No sobra citar apartes de la sentencia en que se apoyó la Juez, esto es la SL 400 de 2019 Rad N°67968

“(..)

De las anteriores actuaciones procesales, las cuales sirvieron de soporte a la decisión de segundo grado, se desprende una aplicación literal del art 90 del CPC, que no resulta acorde con la jurisprudencia que en punto a la temática ha establecido esta Sala de la Corte. En efecto en varios pronunciamientos se ha procurado por una interpretación que tenga en consideración la protección especial del trabajador, lo que conlleva analizar en cada caso, si la actuación del demandante fue la causa generadora de que el auto admisorio de la demanda no hubiese sido notificado o que tal acto se realizara más allá del término procesal, pues, de lo contrario no es posible sancionarlo con una declaratoria de prescripción.

Sobre este entendimiento en sentencia CSJ SL3810-2014, esta Corporación reiteró:

Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...»

Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.

Entre otras, en la sentencia CSJ SL, 12 feb. 2004, rad. 21062, se precisó la posición de la Sala en torno al tema, de la siguiente forma:

Se desestima, entonces, el cargo, sin que ello impida, como lo recuerda el opositor, agregar que con relación a la aplicación del artículo 90 del código de procedimiento civil en sentencia del 18 de febrero de 1998, radicación 10166, esta Sala de la Corte expuso:

“(...) En lo relacionado con la segunda parte del cargo, esto es, la acusación sobre la forma como el ad quem interpretó el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil -que debe asumirse es el del texto original de ese estatuto procesal, atendida la fecha de presentación de la demanda-, en perspectivas de la tardanza en la notificación del auto admisorio de la demanda por morosidad atribuible al juzgado de primera instancia, encuentra la Corte que el juzgador de segundo grado no incurrió en las transgresiones hermenéuticas que se le endilgan, pues a partir de los supuestos fácticos que determinaron su decisión, los cuales no discute el impugnador, el entendimiento que le dio a tales normas atienden su genuino sentido y es armónica con los principios que informan el Derecho del Trabajo.

“En efecto, en sentencias de julio 31 de 1991 (Rad. 4336) y mayo 15 de 1995 (Rad 7343), en los que se analizó un punto de similares características al presente, esta Corporación sentó el criterio que expone el ad quem respecto a los artículos 90 y 91 del código de procedimiento civil, que en lo concerniente a lo aquí discutido conserva semejanza con la reforma que a los mismos introdujo el decreto 2282 de 1989, y que es el siguiente:

“Entre los principios cardinales del proceso, a cuyo imperio han de contribuir por igual en todas sus actuaciones el juez, las partes y sus apoderados se encuentran en primerísimo lugar los de la lealtad, probidad y buena fe que ha de presidir todas las actuaciones judiciales, para cuyo eficaz cumplimiento su observancia, prevención y sanción se impusieron como específico deber al juez (art. 39, núm. 4 C.P.C), y a las partes y a sus apoderados, cual aparece en los artículos 71, numeral (es) 1 y 2, y 74 del C. de P.C.

“(…) Acorde con tales postulados éticos, recogidos como normas de obligatorio cumplimiento por la legislación positiva, observa esta Sala que **la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del Juzgado o por actividad elusiva del demandado, ya que repugna al ordenamiento jurídico que el actor que obra con rectitud y satisface las cargas procesales que sobre él pesan tenga, sin embargo, que soportar consecuencias jurídicas desfavorables por conductas reprochables a la incuria de funcionarios judiciales o a maniobras de la parte contraria, que, posteriormente (sic), resultase beneficiada de su propia conducta contraria a derecho...**”

En ese orden, no puede la Sala, en términos de la Corte hacer una interpretación del hoy art 94 del CGP, pues en este caso salta a la vista que el demandante no solo cumplió con su deber de realizar las diligencias tendientes a la notificación, atendiendo cada una de las providencias que el juzgado emitía, sino que nunca se mostró elusivo ni negligente como erradamente sostiene la parte recurrente, siendo además claro que finalmente la dirección donde se logró la notificación no coincide con la de la cámara de comercio, pues no es lo mismo la nomenclatura 118-01 a 118-03; luego coincide la Sala con lo analizado por el A Quo en cuanto a la conducta procesal de la parte actora; luego los argumentos del recurso no tienen la fuerza para quebrar la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

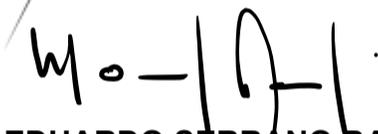
PRIMERO:- CONFIRMAR la sentencia apelada, en todas y cada una de sus partes.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

En permiso
LORENZO TORRES RUSSY



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 39-2016-0660-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: YOLANDA GUTIERREZ VILLABON

DEMANDADO: ANGELCOM S.A. y CTA APOYO DESARROLLO
Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de mayo de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegaciones.



ANTECEDENTES

La señora Yolanda Gutiérrez Villabon por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con las demandadas entre el 1 de noviembre de 2008 y el 8 de junio de 2015, con un salario inicial de \$1.248.100, a la responsabilidad solidaria entre éstas frente al pago de las condenas a que haya lugar, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, primas de servicios, indemnización del artículo 65 del C.S.T., por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T., vacaciones, el último salario, lo descontado por aporte social, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el 1 de noviembre de 2008 fue vinculada a la CTA ADETEK para que prestara sus servicios a la empresa cliente de aquella, ANGELCOM S.A., la que a su vez, le prestaba servicios a TRANSMILENIO; la labor encomendada fue la de recaudo en las taquillas del sistema masivo, que su último salario ascendió a la suma de \$1.248.100; que ADETEK realizó de manera parcial los aportes al Sistema de Seguridad Social; que estuvo bajo subordinación de ANGELCOM, que para el segundo semestre del año 2015 ANGELCOM prescindió de los servicios de suministro de personal de ADETEK CTA contratando en cambio a la empresa GESTION HUMANA, de la cual pasó a ser trabajadora la actora, que las herramientas de trabajo era de propiedad de ANGELCOM y de TRANSMILENIO S.A., de las cuales manifiesta, eran las que se beneficiaban de los servicios prestados; que el día 8 de junio de 2015 fue terminado el contrato sin justa causa; que fue



persuadida para renunciar a cambio de ser vinculada con GESTION HUMANA, que la CTA no le ha cancelado ningún concepto desde que se terminó el vínculo laboral, que prestó la labor de forma personal, en uso de los uniformes con distintivos de ANGELCOM y TRANSMILENIO; que el horario de trabajo era fijado por TRANSMILENIO, que no le pagaron cesantías, que le descontaban \$10.000 mensuales, que se encuentra en situación de discapacidad por haber tenido secuelas de polio y que para la terminación del contrato no se hizo gestión alguna ante el Ministerio del Trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Sala recuerda que, mediante auto de fecha 06 de diciembre de 2018 (fl.436) el Juzgado de Conocimiento aceptó el desistimiento de la demanda respecto de las personas naturales: EFRAÍN CARDOSO, FRANCISCA STELLA ORJUELA y YASMINE SANCHEZ RODRÍGUEZ. Así mismo, en fracción de audiencia de decisión de excepciones previas llevada a cabo el 13 de febrero de 2020 (fl.506) al declararse probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia formulada por TRANSMILENIO, fue que ésta resultó desvinculada del trámite procesal, al igual que, SEGUROS DEL ESTADO S.A., decisión que no fue objeto de recurso alguno.

Conforme lo anterior, las contestaciones de demanda que se tendrán en cuenta, corresponden a las de ADETEK CTA en Liquidación y ANGELCOM S.AS.

La demandada a ADETEK CTA contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados 22, 33 y 39; no constarle el hecho 5, 11, 13, 19, 23, 25, 26 y 29 a 32. No aceptó



los hechos 1 a 4, 6 a 10, 12, 14 a 18, 20, 21, 24, 27, 28, 34 a 38 y 40 referidos al inicio de la relación laboral, los servicios prestados a favor de ANGELCOM S.A.S. y TRANSMILENIO, la existencia de subordinación, la contratación de Transmilenio con GESTION HUMANA, la propiedad de los medios de trabajo, la terminación del contrato de trabajo sin justa el 8 de junio de 2015, la falta de pago de lo debido y las presuntas prácticas intermediación laboral. Como excepciones formuló de mérito las que denominó inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad alguna con las empresas ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A., carencia de derecho, prescripción y compensación.

La demandada ANGELCOM S.A., contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 11, 13, 15, 24, 31 a 33, y 39 a 41., manifestó no constarle los demás; Como excepciones formuló de fondo las que denominó falta de legitimación por pasiva, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción y caducidad de la acción, cobro de lo no debido, improcedencia de las pretensiones y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABOSLVIÓ a ADETEK CTA en Liquidación y a ANGELCOM S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, DECLARÓ probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido formuladas por las convocadas, e impuso costas a cargo de la demandante en cuantía de \$300.000 para cada una de ellas.



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico consiste en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo o si por el contrario existió un contrato de trabajo asociado como se alega en las contestaciones de la demanda, establecer el día exacto en que se terminó el contrato de trabajo, el pago de prestaciones sociales y vacaciones, si tiene derecho a las sanciones moratorias, indemnización por despido sin justa causa y de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pago de aportes al sistema de seguridad social, previa verificación de la solidaridad entre las demandadas; que conforme el principio de la primacía de la realidad y el art 23 del C.S.T., que el art 24 ibidem establece que una vez acreditada la prestación del servicio los demás elementos se presumen, la cual puede ser desvirtuada por el demandado probando que dicha relación estuvo desprovista del elemento de subordinación; desde ya, se tiene como cierto que la actora prestó sus servicios desde el 1 de nov de 2008 como asociada de ADETEK; que obran en el proceso pruebas documentales, además de los testimonios e interrogatorios de Sergio Enrique Pérez Sarmiento representante legal de ADETEK manifestó que la vinculación no fue laboral sino del trabajo asociado en nov del 2008, y que el proceso de vinculación se regía por la ley y los estatutos de la empresa, que la cta pagaba una compensación ordinaria que correspondía a un smlmv, aclarando que existe una compensación extra ordinaria, que es una potestad de la cta, y por ello se puede establecer un valor adicional o a ese valor ordinario, posteriormente mencionó que los pagos a seguridad social eran con base en la compensación ordinaria percibida por la actora, que el retiro de esta fue voluntario al igual que precisó que no tenía conocimiento sobre una posible debilidad manifiesta por parte de la demandante puntualizando que cta no tenía conocimiento sobre la patología de polio que padecía la actora; por otro lado, Javier Cortázar como representante de ANGELCOM manifestó que esa empresa ganó la concesión de transmilenio por su buena propuesta como quiera que es una empresa netamente tecnológica, que la actora no era funcionaria de ANGELCOM, que ADETEK era la que le indicaba a la actora las funciones, que ANGELCOM realizó capacitaciones a ADETEK, que ANGELCOM realizó contratos similares con gestión humana, que no tiene conocimiento si las personas que trabajan en ADETEK después laboraron en gestión humana, aclaró que las obligaciones eran de resultado y que ANGELCOM controlaba el manejo de ADETEK; la demandante precisó que suscribió un contrato de trabajo asociado con la cta, que suscribió anexo 1 del contrato, que la cta era la que le pagaba las sumas de dinero, que recibía compensación ordinaria y extra ordinaria, que la cta era la que la afilió al sistema de seguridad social, que le reconocieron una liquidación final, que le descontaban una suma final de aportes sociales, que la convocaban a asambleas para ejercer su derecho al voto para los delegados ante la cta, que voto por sus compañeros de trabajo, que las funciones e instrucciones eran dadas por ANGELCOM y por ADETEK, que la terminación del contrato obedeció a una sugerencia de la empresa para que no se quedara sin trabajo y siguiera trabajando con GESTION HUMANA, posteriormente indicó que ANGELCOM no daba órdenes sobre recaudo pero si daba capacitaciones sobre el mismo sobre cómo manejar las pca, que nunca realizó tratamiento ante ANGELCOM, que tuvo distintos horarios, que los turnos los fijaba la cta, que la decisión de traslados las tomaba la asistente operativa, pero que si no está mal ella pertenecía a ANGELCOM, que el coordinador de la zona era ADETEK, que los asistentes operativos vigilaban de manera oculta las funciones que se realizaban, que el asistente cuando tenía contacto únicamente preguntaba cómo estaba todo y ya, que



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2016 – 0660 – 01 DTE: YOLANDA GUTIERREZ VILLABON DDO:
ANGELCOM S.A. Y OTROS**

no era más, que cuando no iba a trabajar todo se trataba con el coordinador de zona de ADETEK, que a él se le informaba estas ausencias, que para la llegada le recibía el turno a la persona que se encontraba allí y en el turno anterior, que a veces el coordinador hacía un barrido por teléfono, que con el coordinador de zona se veían diariamente, que con el asistente operativo el único contacto que tuvo fue para el traslado, que cuando había un problema en el recaudo se dirigió directamente a ANGELCOM, que en la cta le informaban que debía dirigirse a ANGELCOM y a ADETEK; por su parte Jazmín Sánchez Rodríguez manifestó que la actora igual que los otros asociados llenó una solicitud al consejo de administración de la cta, que ADETEK tenía la experticia del manejo manual del dinero, que dio 4 días de capacitación de administración de la cta, que después de inducción se pasaba a una taquilla, que por solicitud de la trabajadora quiso pasarse a otro turno, por lo que se le cambió de turno, dijo que: “nosotros los trabajadores hacíamos la parte manual y el manejo tecnológico era manejado por ANGELCOM” que en la relación entre las demandadas ADETEK se comprometió al recaudo manual, que se necesitaba una tca, que es como una máquina registradora que les enseñaban a manejar, que ANGELCOM nunca dio capacitación a los trabajadores ya que eran pagadas por ADETEK, o en algunos casos las capacitaciones las daba el coordinador de zona, que el asistente operativo era de la cta, así como el administrativo, que el contacto entre los trabajadores era más con el de zona porque operativo casi no había, que los cambios de turno se comunicaban a ANGELCOM, que las taquillas se podían modificar, que nunca se presentó el personal de ADETEK a ANGELCOM ya que no podían, que si existía algún inconveniente, por ejemplo en servicios ANGELCOM podía informar al asistente operativo y una vez allí reunidos se comunicaba ADETEK con la trabajadora para determinar cuál sería la consecuencia, que si había un problema con la tcam iba una persona de mantenimiento que tampoco trabajaba para ANGELCOM sino que era de otra empresa diferente, entonces llegaba la persona de mantenimiento y realizaba el respectivo arreglo, mientras que ellos hacían las recargas con otro tipo de máquina, que si en el recaudo había dinero faltante eso lo asumía la cta, y después se llamaba a la trabajadora y se hacía un conteo, todo esto, bajo responsabilidad de un coordinador, ya cuando se hace esto la trabajadora deba manifestar si está de acuerdo o no, si ella dice que el dinero se fue completo entonces cuando se hacía tofo el procedimiento se establecía que hubo un error de la taquillera o las respectivas consecuencias, que la trabajadora tenía derecho a una compensación ordinaria y extraordinaria, subsidio de alimentación y de transporte, una bonificación semestral y anual, las cotizaciones al sistema de seguridad social eran por encima del mínimo, que el retiro de la actora fue por voluntad de ella, o sea que ella decidió renunciar, ante lo cual precisó que a la actora se le pagó una liquidación de derechos económicos, y que se le hizo la devolución de los aportes, que no tenía conocimiento sobre discapacidad o patología, al igual que en el retiro en el examen médico no se indicó ningún tipo de padecimiento, que ANGELCOM no tuvo ninguna injerencia con la vinculación de la trabajadora, así como tampoco órdenes impartidas, que los implementos utilizados eran un comodato por parte de ANGELCOM, que no hubo intermediación, que hubo varias intervenciones del ministerio del trabajo sin que haya habido sanciones, que en mayo renunció gran parte de los asociados y por en julio en asamblea extraordinaria los que quedaban votaron si se liquidaba o no, votando la mayoría que se liquidara la cta.

Entonces desde la audiencia del art 77 se acreditó la prestación del servicio a favor de ADETEK situación que se reafirmó con las pruebas recaudadas, por lo que se determinará si la prestación configuró un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad y si esta se alcanzó a dar a favor de ANGELCOM; o si las



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2016 – 0660 – 01 DTE: YOLANDA GUTIERREZ VILLABON DDO:
ANGELCOM S.A. Y OTROS**

demandadas lograron desvirtuar la presunción de subordinación en su contra, sobre la subordinación debe decirse que este elemento se debe considerar aquella situación en que se encuentra un trabajador cuando tiene la obligación jurídica de acatar órdenes que le imparte un tercero como consecuencia de pertenecer ambas partes a cierta estructura jerárquica predeterminada por un contrato en cualquier momento y de manera permanente en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, así como cumplir reglamentos estando sometido al régimen disciplinario del empleador, la subordinación supone a partir de la inserción de un esquema jerárquico de una empresa para que el trabajador cumpla órdenes, mandatos y directrices que le impongan, que este sea sometido a un horario y a las normas disciplinarias, así como el seguimiento de su rendimiento y control de tiempos, presentación de informes, en el presente caso con el fin de desvirtuar la existencia de subordinación las demandadas acreditaron que tanto la vinculación, el desarrollo del contrato y su terminación lo fue únicamente con ADETEK cta, la aceptación como asociada, que la actora tenía conocimiento que su vinculación sería únicamente con ADETEK, pues ella misma aceptó que el 1 de nov de 2008 suscribió convenio de trabajo asociado, al igual que la certificación del conocimiento de estatutos, lo que se refuerza con el folio 236 y 291, en igual sentido ADETEK era la que le indicaba las funciones a la actora, lo que se corrobora con los interrogatorios de parte de la actora y de las demandadas, que la actora afirmó que tenía contacto con la persona encargada de la zona, que también pertenecía a ADETEK, que se acreditó que era ADETEK la que capacitaba a la trabajadora, pues así dan cuenta los documentos a folios 292 y 293, que versan sobre inducción a la actora, que de las declaraciones se supo que la ANGELCOM nunca realizó capacitación directamente a la actora, que era ADETEK la que otorgaba descansos anuales, a folio 299 milita solicitud de la actora dirigida a la demandada mediante la cual requiere que se le pago el descanso anual, lo cual se suma a los pagos de compensación realizados, por la misma demandada ADETEK siendo esta la que afilió a la actora al sistema de seguridad social conforme folios 301 a 308, que se tiene certeza que la demandada ANGELCOM no participaba de ninguna de las actividades celebradas por la actora, no le daba órdenes, ni ejercía subordinación sobre ella, que conforme el folio 312 los llamados de atención únicamente participaba ADETEK y así lo hizo saber la actora en el interrogatorio, que también dijo que quien dirigía los turnos era la cta, que en el momento en que tuvo que solicitar un traslado se dirigió a ADETEK y no se dirigía a ANGELCOM, que no tenía relación directa con funcionarios de esta, que era lógico que ANGELCOM al estar encargada de la parte tecnológica de la operación, debían preguntar cómo va todo; lo anterior, podría suponer subordinación por parte de ADETEK no obstante la actora dijo que los asistentes operativos iban a vigilar de manera particular, que solo preguntaban como estaba todo y ya, supervisores y coordinadores de zona, a lo que se suma que la llegada se recibía al turno anterior y que a veces el coordinador hacía un barrido por teléfono, es decir, de las pruebas y del interrogatorio de parte de la actora, se puede evidenciar que ADETEK únicamente hacía funciones de coordinación y no de subordinación sobre las funciones de la actora, ya que solo se reducía a un control por parte del asistente operativo, que no debía llenar formularios o planillas u otra forma de control subordinante, que el traslado de la actora por el dicho de la testigo Jazmín Rodríguez manifestó que el traslado de la actora fue por una solicitud de ella, que las funciones que realizaba la actora era acorde con los contratos que suscribieron las demandadas folios 221 a 224 y 416 y 418, que los elementos que utilizaba la actora obedecían a un contrato de comodato entre las mismas demandadas el cual tenía el préstamo de uso, necesarios para ejecutar en debida forma la operación de recaudo, de propiedad exclusiva de ANGELCOM; se encuentra acreditado que la demandada ANGELCOM no



fue participe del convenio de trabajo asociado y mucho menos de una presunta relación laboral, no se acreditó la prestación del servicio a favor de aquella y mucho menos la subordinación; que la prestación del servicio de la actora a favor de ADTEK estaba desprovista de subordinación pues sus funciones obedecían a las propias del control el cual no lo desnaturaliza, que las sanciones las recibía como asociada; que de los actos cooperativos de trabajo no se puede extraer subordinación ya que los estatutos obligan a los asociados al cumplimiento mínimo de manuales y reglamentos de la empresa demandada, propio del trabajo autogestionario del art 24 del Decreto 4588 del 2006, sin que ello implique el ejercicio de un poder subordinante sobre la actora, como se ha dicho en sentencia SL4861 de 2019 que al estudiar un caso análogo determinó que por el hecho que las cta ejerzan actos de control y coordinación sobre los asociados no por ello deba advertirse una subordinación; en consecuencia, se negaran las pretensiones de la demanda, que si bien fue allegada una certificación que fue contratada desde el 1 de junio de 2015 día siguiente al que renunció la demandante en la que se evidencia que fue contratada a término fijo, esto no hace nacer la existencia del contrato con ANGELCOM que en últimas es lo que pretende la parte demandante, que la relación que tuvo la actora con la cta se pudo evidenciar que ANGELCOM no tuvo ninguna injerencia en esa prestación del servicio o poder subordinante frente a ello, y segundo no se demostró que la renuncia a la cta haya sido guiada por una presión y tampoco la simple existencia de una certificación o de un contrato con GESTION HUMANA no hace evidenciar la forma como se prestó el servicio y la relación que pudiera tener ANGELCOM con la demandante con esa prestación del servicio cargas que eran exclusiva de la parte actora, ya que con ella tiene que ver todo la acreditación de la prestación del servicio, teniendo en cuenta que se negó el contrato de trabajo con las demandadas, también se deberá negar las pretensiones sobre el reintegro laboral, quedó acreditado que entre las partes existió un contrato de asociación, no se logró acreditar la discapacidad que padece la actora y mucho menos que el empleador tuviera conocimiento de ello, frente a las excepciones se declararán no probadas las formuladas por las demandadas. Costas a cargo de la demandante.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

En el presente caso se pretende la declaración de un contrato de trabajo entre la demandante y las demandadas COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA – ADETEK y ANGELCOM S.A., y que de las eventuales condenas sea obligada la



empresa TRANSMILENIO como responsable solidario; al respecto el artículo 24 del C.S.T., señala la presunción que, en toda relación de trabajo personal, ésta se rige por un contrato de trabajo, norma respecto de la cual, la Sala de Casación Laboral ha fijado reglas para su interpretación y aplicación, y específicamente ha indicado en varios pronunciamientos que una vez acreditada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, es posible presumir la subordinación, para que sea el presunto empleador quien deba desvirtuarla probando que las actividades de aquel se prestaron con autonomía e independencia.

En este caso, al revisar el acervo probatorio en conjunto, observa la Sala que la demandante no logró demostrar una calidad distinta a la de trabajadora asociada a la CTA ADETEK, en virtud de la Ley 79 de 1988, es decir, desde ya debe advertirse que no obran elementos de convicción que acrediten la existencia de un contrato de trabajo entre la promotora y ADETEK CTA, y menos con la empresa usuaria ANGELCOM S.A., o TRANSMILENIO.

La prematura conclusión, obedece a que, si bien se logró demostrar por la parte actora que, desde el 1 de noviembre prestó actividades propias en la taquilla del sistema masivo de transporte TRANSMILENIO, lo cierto es que las mismas estuvieron regidas conforme la Ley 79 de 1988 reglamentada por el Decreto Nacional 468 de 1990, norma que dispone que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúan sin ánimo de lucro, en las cuales, 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 los bienes o servicios para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general.



El artículo 59 *ibídem* señala que 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 que las diferencias que surjan bien pueden someterse al procedimiento arbitral o la justicia laboral ordinaria, pero que, de todas maneras, la fuente del derecho lo serán los estatutos.

Y es que, en el caso bajo estudio no es posible considerar la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., como ya se indicó, comoquiera que, no hay elementos probatorios indicativos que las actividades de la demandante lo fueron en cumplimiento de órdenes y bajo la continua dependencia de la CTA, además que no se logra probar que ésta o la demandada ANGELCOM S.A., mediaran en el desempeño de sus labores, ya que, se reitera, si bien, es innegable los servicios prestados por la actora, lo cierto es que, éstos no lo fueron a favor de las demandadas, toda vez que, se recuerda que, como trabajadora asociada ésta desde la suscripción del convenio de trabajo asociado (fl.291), y en concordancia con la Ley 79 de 1988 reglamentada por el Decreto Nacional 468 de 1990, se comprometió a aportar su trabajo representado en los servicios prestados para satisfacer las necesidades de los demás asociados y de la comunidad en general.

Aunado a lo anterior, ninguno de los testigos da cuenta de alguna situación impositiva por parte de la CTA respecto de la demandante, y contrario a ello, lo que se observa del proceso son manifestaciones propias y naturales de un trabajador asociado, y de la CTA en el cumplimiento de sus obligaciones para con estos, por ejemplo, las capacitaciones mismas como se lee a folios 292 y 293, referidas a la inducción al cargo y un seguimiento de inducción, de las



que por cierto, en momento alguno intervino las demás demandadas. Nótese, además, que a folios 294 a 300 obran documentos provenientes de la CTA ADETEK correspondientes a diferentes comunicaciones dirigidas a la actora en la que se le informa los periodos en los cuales puede disfrutar de la compensación por descanso anual, así como también, la autorización de pago en dinero, y la investigación disciplinaria (fl.318) siendo otros de los indicios que hacen colegir una relación enmarcada en los estatutos y la legislación cooperativa, entre la actora y la referida CTA, más no, de tipo laboral regida por el C.S.T.

Con todo, resulta natural en la ejecución de los convenios de trabajo autogestionario que, las CTA coordinen, dirijan y supervisen el desarrollo de las actividades que prestan por medio de sus asociados a terceros que se benefician de los servicios que brindan éstos, como, por ejemplo, se observa sucedió en este caso, en donde la misma demandante afirma que, los asistentes operativos designados por ADETEK CTA se limitaban a verificar que todo estuviera marcando bien, más no dijo que le dieran ordenes o impartieran instrucciones puntuales, incluso que no debía hacer ningún reporte ni verbal o escrito en cada turno.

Conforme lo anterior, no debe olvidarse que en virtud del artículo 24 del Decreto 4588 de 2006, en el artículo 24 se consigna el contenido del régimen de trabajo asociado, que exige unos mínimos de derechos y obligaciones, incluso a la implementación de un régimen sancionatorio, aspectos que mal podrían calificarse como propios exclusivamente de las relaciones de trabajo que regula el C.S.T.



Por otro lado, frente a la renuncia de la demandante (fl323), debe resaltarse varios aspectos, primero, que, aunque no se indica el destinatario, lo cierto es que, es recibida por ADETEK con fecha 22 de mayo de 2015, lo cual, se convierte en un indicio más para apartar del análisis a las demás demandadas; segundo, no se indican los motivos de la renuncia o razones de inconformidad, y tercero, reconoce su calidad de trabajadora y asociada, sobre la cual, se aclara, difícilmente podría presumirse error en el consentimiento de la actora de dicha calidad, si en el proceso hay muestras de formación cooperativa de ésta.

Así las cosas, al no quedar acreditado en el proceso la existencia de una relación de trabajo, consecuentemente tampoco es viable acceder a las peticiones relacionadas con prestaciones sociales y demás derechos laborales reclamados, como efecto sucedió fue negado en la primera instancia, que, si la interesada consideraba tener razón en lo pretendido, es por lo que le correspondía probar por lo menos, la prestación personal del servicio a favor de las demandas, lo cual no ocurrió.

Igual situación acontece con lo relacionado con los supuestos de hecho del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización de la que no se logró probar tener derecho, puesto que, no hay elementos de convicción que conlleven a demostrar que, para el momento de la desvinculación de la actora, ésta estuviera inmersa en una condición o grado de discapacidad que le mereciera una estabilidad laboral reforzada, y menos aún, que la CTA tuviera conocimiento de ello, o que incluso la desvinculación asociativa estuviera guiada en razón a esa discapacidad, si se tiene en cuenta que, precisamente la renuncia de la demandante fue voluntaria.



Por todo lo expuesto, se confirmará la sentencia objeto de consulta, conforme lo considerado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral 39 - 2016 - 0660 - 01 DTE: YOLANDA GUTIERREZ VILLABON DDO:
ANGELCOM S.A. Y OTROS**

EN USO DE PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y
YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en
Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 37-2016-0688-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y
YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA

DEMANDADOS: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en
Reorganización y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021),
previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados
en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por cada una de las partes,
revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito
de esta Ciudad, el 26 de febrero de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las llamadas en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A., Liberty Seguros S.A. y el Fondo Nacional del Ahorro, presentaron alegaciones.

ANTECEDENTES

La demandante Leslie Londoño Zapata por intermedio de apoderado judicial interponen demanda ordinaria laboral, con el fin que de DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., desde el 1 de junio de 2015 y hasta el 30 de septiembre de igual año; que esa empresa no cumplió con el pago por los conceptos de cesantías, intereses a la cesantías, prima de servicios, vacaciones, por lo que también solicita ese convenio a la demandada al pago de la indemnización del artículo 65 del código sustantivo del trabajo; solicita se declare que, entre Fondo Nacional del Ahorro y la empresa de servicios temporales, se suscribió el contrato de prestación de servicios núm 274 de 2014 y 147 de 2015, siendo el mencionado fondo beneficiario del trabajo en misión de la demandante, por lo cual solicita la declaración de responsabilidad solidaria en el pago de las condenas respecto de esta última entidad; como consecuencia de las declaraciones anteriores, solicita se condene tanto al fondo, como a la empresa de servicios temporales al pago cesantías, intereses a la cesantías, prima de servicios, vacaciones, al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indexación y costas procesales.



**Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y
YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en
Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO**

Subsidiariamente, solicita se declare que el verdadero empleador no fue el Fondo Nacional del Ahorro, teniendo a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que, de igual manera, se declare la responsabilidad solidaria en el pago de las prestaciones sociales reclamadas, teniendo como obligado principal a la entidad pública.

En el caso de la demandante Paola Fúquen, las pretensiones son similares, excepto la declaración del contrato de trabajo a partir del 19 de marzo de 2015.

HECHOS

La demandante Leslie Londoño Zapata, fundamenta sus pretensiones al señalar que, fue contratada por la empresa de servicios temporales bajo la modalidad de obra o labor contratada, en virtud de los contratos comerciales celebrados entre las demandadas; que fue enviada como trabajadora en misión al Fondo Nacional del Ahorro; que la temporal fue la que terminó el contrato de trabajo de manera unilateral; que había sido contratada para desempeñar el cargo de comercial IV, percibiendo una remuneración inicial de \$1.300.000, que las funciones desempeñadas correspondían al giro normal de los negocios de la entidad usuaria, por lo que no eran de carácter temporal, que su cargo existe dentro de la planta de personal del Fondo, que laboraba jornadas diarias de 8 horas, en el horario comprendido entre las 7:00 de la mañana y las 5:00 de la tarde en las instalaciones de la usuaria; que la empresa temporal no le canceló las prestaciones sociales que solicita; que entró del proceso de reorganización empresarial de la empresa de servicios temporales se reconoció como uno de sus pasivos la liquidación a la que tiene derecho la demandante, sin embargo, manifiesta no haber recibido pago alguno.



En el caso de la demandante Paola Fuquen Sema, fundamento las pretensiones en similares supuestos fácticos de la codemandada, variando en lo que corresponde al cargo que obedeció al de comercial III, y con un salario inicial de \$1.750.000; que los servicios prestados no eran de carácter temporal, y de la misma manera señala a la empresa de servicios temporales, como la incumplida en el pago de las prestaciones sociales de las que manifiesta tener derecho.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado **Fondo Nacional del Ahorro** contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones en el caso de las dos demandantes; en cuanto a los hechos en ambos casos, aceptó los enlistados en los numerales 1 a 3 y 24 a 26; manifestó no constarle los numerales 4 a 11, 17 a 23, 27, 28, y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de vínculo de carácter legal inexistencia de los requisitos legales para ser trabajador oficial, existencia de tercero responsable para el pago de las obligaciones reclamadas, imposibilidad jurídica de cumplir con las pretensiones, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante, buena fe de la accionada y cobro de lo no debido.

Por su parte, **la empresa de servicios temporales** contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones en el caso de las dos demandantes; en cuanto a los hechos en ambos casos, aceptó los contenidos en los numerales 1 al 10, 25 y 26, no constarle los enumerados 11, 12, 16 a 19, 29 a 31, y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó



existencia del procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, y existencia de esta actuación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda.

Así mismo, al trámite fueron convocadas en calidad **llamada en garantía** la aseguradora Liberty Seguros SA y la compañía aseguradora de fianzas S.A., Confianza S.A., la primera, contestó la demanda con la oposición a las pretensiones incoadas por las dos demandantes; en cuanto a los hechos, en ambos casos, aceptó los hechos enlistados en los numerales uno y dos, la situación de liquidación de la empresa de servicios temporales, manifestó no constarle los hechos enlistados del 3 al 24, y del 26 al 32. Como excepción previa formuló la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios. De mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Fondo Nacional del Ahorro, ausencia de solidaridad entre los demandados-las empresas usuarias no responden solidariamente por los salarios y prestaciones no pagados por las empresas de servicios temporales-ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del Fondo Nacional del Ahorro por no ser el empleador de los demandantes.

Por último, la llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas SA - Confianza SA, contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones, y en ambos casos, manifestó no constarle ninguno de los hechos; como excepciones de mérito formuló las que denominó ausencia de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para llamar en garantía a Confianza SA, los hechos de la demanda no gozan de cobertura-la relación laboral de las demandantes se produjo por fuera de la vigencia de la póliza, ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza 24 DL 006347, los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de



reorganización y hoy liquidación judicial de la sociedad optimizar servicios temporales, y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ no probados las excepciones propuestas por Optimizar Servicios Temporales SA en liquidación y la llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas SA - Confianza SA.

CONDENÓ A la empresa Optimizar Servicios Temporales SA en liquidación judicial, a reconocer y pagar a favor de las demandantes por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la suma de \$24.011.549 a favor de Lesslie Londoño Zapata, y para Paola Fuquene la suma de \$21.278.321.

CONDENÓ a la Compañía Aseguradora de Fianzas SA - Confianza SA., a responder y afectar la póliza DL 8460 para asegurar el pago de las obligaciones contenidas el numeral segundo de la sentencia hasta el límite del monto legal contemplado en esa póliza.

CONDENÓ A la empresa Optimizar Servicios Temporales SA en liquidación judicial el pago de costas en proporción de un salario mínimo legal mensual vigente.

ABSOLVIÓ al Fondo Nacional del Ahorro y a Liberty Seguros SA de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por las demandantes.



Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que no esta en controversia los extremos temporales de la relación laboral, con cada una de las dos demandantes, ni los cargos ejercidos por éstas, lo cual se soporta con los documentos visibles a folios 84, 87, 102 a 105, que permiten ratificar y demostrar la aceptación frente a la existencia de la relación laboral, que también fue excluido del debate probatorio el pago de la liquidación de prestaciones sociales, puesto que fue acreditado el pago por seguros confianza y fue aceptado por el apoderado judicial de la parte demandante quien manifestó que efectivamente se realizó el pago de dichas obligaciones; aclarado lo anterior procedo al estudio de la indemnización moratoria, en los alegatos de conclusión se invita al despacho a hacer uso de las facultades ultra y extra petita, que en relación con la solidaridad solicitada se puede concluir que las demandantes, de los testimonios recibidos que las demandantes con posterioridad al mes de septiembre de 2015, continuaron prestando sus servicios al FNA con las empresas que denominaron activos SA y la empresa servicio y asesoría, incluso, se destaca con la última testigo se afirmó la prestación del servicio de la señora Leslie, por lo menos hasta el mes de diciembre del año 2019, advierto que, pronunciarme por fuera de los extremos, si bien fue estar permitido por la norma procesal, habría que preguntarse hasta qué punto se afectaría al debido proceso de otras empresas, admitir esa situación sería violar el debido proceso de dichas empresas Maxime cuando no se conoce con certeza cuál fue el tipo de contratación a través de la ley 50 de 1990, que sigue la demanda se presentó en el año 2016 nada excusa a la parte demandante para que haya hecho uso de los remedios procesales como la reforma de la demanda, por ello no puedo acceder a la solicitud de la parte demandante y me circunscribiré solo a la relación en los términos ya indicados.

Teniendo en cuenta lo anterior procede a resolver la indemnización moratoria, qué tal como se dijo en los alegatos de conclusión, ya obra pago de la liquidación de prestaciones sociales, que ya se produjo el acto que exonera de la imposición de esta indemnización moratoria, sin embargo, se analizará la pertinencia en el tiempo en el pago de esas obligaciones, recuérdese que a la finalización de cada 1 de los contratos de trabajo lo fue en el mes de septiembre del año 2015 presentándose a un pago con posterioridad a la apertura de la liquidación judicial de la empresa optimizar, pago que solo se vino a realizar con posterioridad en virtud de la aceptación de las pólizas por parte de confianza SA, que es decir que el tiempo transcurrido desde el momento oportuno del pago que lo era la finalización del contrato de trabajo debe analizarse si hay lugar al reconocimiento y pago de esta indemnización moratoria, como se reconoció la declaración de parte de la representante legal de la empresa optimizar en liquidación, respetando su condición de liquidadora desconoce muchas situaciones particulares del por qué no se dio el pago en el momento oportuno, manifestación que se le asigna plena credibilidad y es en virtud de su condición de liquidadora, pero en nada aportar elementos de juicio que permitan analizar el por qué no se realizaron en su momento, solo se da cuenta válidamente de la actuación que realizó frente a la afectación de la póliza en sede administrativa, pero lo cierto es que para el momento efectivo en que debió realizarse el pago no informó una justificación que permita exonerarla, la razón que se presenta, es la entrada en reorganización de la empresa, sin embargo, esta figura que estableció para entrar nuevamente a la vida comercial lo cierto es que en los términos del numeral noveno del artículo 19 de la ley 1116 de 2006 tampoco está proscrita la posibilidad de realizar pagos, pero eso sí bajo la autorización



Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

del liquidador respectivo además, esta figura no fue creada con el fin de omitir el pago de las obligaciones sino por el contrario para solucionar sus pasivos y realizar los pagos efectivos, que conforme el artículo 28 del CST no pueden los trabajadores no participan de las pérdidas del empleador, lo cual no es una circunstancia exoneraria y tampoco permite determinar una limitación en el tiempo a partir de la reestructuración efectos del reconocimiento de la indemnización moratoria; qué diferente ocurre con la apertura de liquidación judicial en los términos de la ley 1116 de 2006 que es en virtud del artículo 48 que genera la imposibilidad de realizar operaciones respecto de objeto social, circunstancia legal que impide el pago de las obligaciones, que a pesar de haber promovido actividades administrativas para la afectación de la póliza en el pago, que si bien se muestran como circunstancias dirigentes, no existe una razón justificativa para el tiempo que pasó para el pago de las obligaciones laborales solicitadas a favor de la parte demandante, en ese orden de ideas, considero que hay lugar al pago de reconocimiento de la indemnización moratoria que será liquidada hasta el 22 de noviembre de 2016 teniendo en cuenta la fecha de la terminación de la relación laboral del mes de septiembre del año 2015;

en cuanto a la responsabilidad solidaria respecto del FNA no puedo aplicarla, conforme los artículos 34, 35 y 36 del CST, está convalidado desde el plano legal la posibilidad de que actúe como empresa usuaria por ello no hay lugar a acceder a la solidaridad en los términos;

por último, frente a la procedencia de los llamamientos en garantía por parte de las aseguradoras Liberty y con fianza SA, que el análisis se hará frente a la llamada en garantía confianza S.A., no frente a Liberty puesto que debía advertirse obligaciones con el FNA de los cuales no se imparten esta decisión judicial; que le asiste razón la apoderada de la parte demandada o llamada en garantía, que la póliza en virtud de la cual se realizó el llamado al presente proceso identificada con el núm 6347 no estaba vigente para las fechas de vinculación de cada una de las demandantes, que quien solicitó inicialmente el llamado en garantía, el FNA no estaría legitimado por activa pues le corresponde a los trabajadores beneficiarios solicitar el reconocimiento; que uso de las facultades ultra y extra petita, no puede pasarse que el Ministerio del trabajo se pronunció sobre la afectación de las pólizas suscritas DL 7987 del 5 de enero de 2015 y DL 8460 vigente para el año 2016, en uso de las facultades ultra y extra petita corresponde valorar el hecho que ya hubo pronunciamiento por autoridad administrativa, que determinó activar dicha póliza en favor de los trabajadores, respecto de las demandantes acreditó el pago efectivo de la liquidación final de prestaciones sociales y con ello el cumplimiento de la decisión administrativo, falta el pronunciamiento si las pólizas cobijan la indemnización moratoria de la que el obligado principal fue el empleador optimizar en liquidación, que según las explicaciones de la representante legal esas peticiones se encuentran por fuera de los términos de reclamación, lo cierto es que las mismas deben ser validadas por un mecanismo extraordinario, se tiene que ya fue agotado en su totalidad el valor comprendido en la póliza 7987 la cual se suscribió en vigencia de las relaciones laborales, que solo fue advertirse en reconocimiento de una indemnización moratoria para el mes de noviembre del año 2016, fecha de entrada en vigencia de la póliza DL 8460 la cual



Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

amparaba sin duda alguna el reconocimiento de las indemnizaciones moratorias, y es por ello que recogiendo los argumentos expuestos por la autoridad administrativa, ordenaré que se afecte la póliza 8460 para asegurar la garantía de las obligaciones indicadas, que esta decisión la tomó por las facultades ultra y extra petita, respecto de la póliza de seguros con fianza SA; que no hay lugar al estudio de las pretensiones subsidiarias relacionadas con el reconocimiento directo de una declaración de una relación de trabajo con el FNA, puesto que resultaría excluyente y contradictorio con la pretensión respecto de la indemnización moratoria, que se advierte que no hubo una finalización en el mes de septiembre de 2015 y que la parte demandante puede adelantar en un futuro otras acciones en contra del FNA respecto de tiempos posteriores al 2015 ya decididos en esta sentencia, por lo que se absolverá de todas las pretensiones al FNA y a la llamada en garantía Liberty seguros, se impondrá condena a cargo de confianza seguros SA respecto de la indemnización moratoria afectando la póliza DL 8460 para garantizar el pago de las obligaciones impuestas, que la condena no se encuentra afectada por prescripción. Costas a cargo y optimizar servicios temporales en proporción de un salario mínimo legal mensual veinte a favor de cada una de las demandantes.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE:

“Me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia por usted yo quería el día de hoy, primero, en cuanto a la absolución del Fondo Nacional del Ahorro, puesto que como lo señaló el juzgado, el fondo ha tenido una contratación irregular, como se ha podido demostrar con el escrito de demanda, los testimonios, y el interrogatorio, porque el fondo no contrató a las demandantes solamente por la empresa de servicios temporales, sino también con otras, para encubrir la verdadera relación laboral con los demandantes; pues ha necesitado que desarrollen sus labores de manera permanente y no temporal, por lo que en uso del principio de la primacía de la realidad, la ley y la jurisprudencia han sido claras en cuanto al uso de las empresas de servicios temporales, al establecer que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, determinadas circunstancias excepcionales, conforme sentencia SL33520 de 2020, que una vez agotados los plazos permitidos por la ley, ya no podrá contratar los servicios de una empresa de servicios temporales; que en este caso las demandantes conforme el objeto para el para el cual fueron vinculadas era ofrecer o distribuir productos, créditos para constructoras o participación de nuevas estrategias para créditos educativos, cosa que no es cierta, que las demandantes no realizaban dichas actividades ante el fondo sino que realizaban actividades netamente temporales, que componen la anterior y tomando como fundamento la sentencia SL170235 de 2016 las empresas usuarias no pueden cubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales como lo ha venido haciendo el Fondo Nacional del ahorro con los aquí demandante.



Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Frente a la indemnización moratoria, solicitar que no se tome en cuenta solamente la entrada en liquidación sino que se le dé una aplicación total al artículo 65, que la empresa de servicios temporales incurrió en un actuar de mala fe por lo que hay concurrencia en la indemnización moratoria, cabe decir lo manifestado en sentencia 34778 de 2010, la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria, puesto que los trabajadores no asumen las pérdidas del patrono conforme lo dice el artículo 28 del CST.

Por último, en cuanto a una posible condena en contra del Fondo Nacional del ahorro, la obligación de las aseguradoras debe hacerse frente a la posible condena por las pólizas suscritas entre las demandas y las aseguradoras, y por la resolución del Ministerio de trabajo.

DEMANDADA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

“Presentó el recurso de apelación frente a la condena a mi representada por la indemnización moratoria, ya que no fue tenido en cuenta la prohibición que establece el artículo 17 de la ley 1116, insisto, y en este caso debo hacer claridad en cuanto al artículo 48 y siguientes, le asiste razón al juez, en el sentido que efectivamente hay unas prohibiciones legales para efectuar cualquier pago a los acreedores en cabeza del liquidador designado por la Superintendencia de sociedades; que también es importante revisar el artículo 17 donde claramente le prohíbe al promotor que también es designado como auxiliar de la justicia para que en conjunto con el administrador de la empresa continúen con las gestiones tendientes a salvaguardar rescatar ese objeto, para que pueda continuar desempeñando ese objeto social y así poder salvar la empresa de alguna manera; me permito resaltar lo que dice el artículo 17 de la ley 1116 y es que a partir de esta fecha la presentación de la solicitud del proceso de reorganización prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias, La Constitución o ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo las fiducias mercantiles, encargos mercantiles, que tengan dicha finalidad, efectuar compensaciones, pagos o arreglos, desistimientos, etc..., sin que exista autorización expresa del juez del concurso, que cualquier acto celebrado en contravención de lo que establece este artículo es ineficaz de pleno derecho, y tiene unas consecuencias legales muy importantes que van en contra del del mal manejo que pueda dársele a ese artículo por parte de promotor, teniendo como consecuencia la imposición de sanciones, y hasta la remoción del cargo, que es importante que se evalúe lo establecido en este artículo, por qué no aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y es que precisamente, teniendo en cuenta la calidad de acreedores que se encontraban inmersos en este proceso, había que respetar la masa de acreedores y por esta razón no se podía hacer uso de los dineros que en su momento podría tener a disposición de empresa para los correspondientes pagos, razón por la cual fue presentado este acuerdo de reorganización todos los pasivos que venían con anterioridad a este acuerdo quedaron congelados y sometidos a las reglas del concurso, reiterando esa prohibición que establece el artículo 17 de la ley 1116; Adicionalmente, respecto de los demandantes, si bien es cierto presentaron una demanda, la misma fue presentada de manera extemporánea, puesto que se reitera, estas personas debían cumplir como requisito procesal haberse hecho parte dentro del proceso de liquidación judicial, presentando en su momento, que fue antes del 10 de enero de 2017, copia de la demanda o de la acta de reparto o del auto admisorio de la demanda, para así poder



Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

tener vocación de pago en el proceso de liquidación Es por ello que posteriormente fueron tenidos como créditos litigiosos extemporáneos, postergados, porque no reúnen los requisitos de la ley 1116, de manera que debieron haberse tenido en cuenta estas circunstancias por parte del juez de primera instancia, para calcular la indemnización moratoria la cual debió haber sido hasta el 15 de febrero de 2016, de esta forma dejó presentado mi recurso de apelación.

LLAMADA EN GARANTÍA Compañía Aseguradora de Fianzas SA - Confianza SA

“Interpongo recurso de apelación, que con la sentencia proferida se naturalizó la figura del llamamiento en garantía, que establece que únicamente se puede llamar en garantía, quien crea tener un derecho legal o contractual de repetir contra otro, o de exigir de otro, los efectos adversos de una eventual condena, aquí es evidente que el Fondo Nacional del ahorro y como bien el juez de primera instancia lo declaró, no tiene legitimación en la causa para vincular a seguros confianza este proceso, puesto que es claro que cuando se realizó la carátula de la póliza se pudo observar que el FNA no era parte del contrato de seguro, y por lo tanto, no debió habernos llamado en garantía al mismo, sin embargo, así se llevó el proceso, fuimos vinculados, y nosotros en virtud de la lealtad procesal, dimos a conocer las resoluciones proferidas por el Ministerio de trabajo, las pólizas que se ordenaron afectar y el proceso tomó otro rumbo, así las cosas no es admisible, que siendo evidente que fuimos vinculados por una empresa que primero, no era asegurado ni beneficiario de la póliza, y que además, fue absuelto en este proceso, el despacho ordene una condena en contra de mi representada, teniendo en cuenta que nosotros como llamados en garantía debimos haber corrido la misma suerte del llamante, es decir, del FNA, y por lo tanto debimos haber sido absueltos en este proceso.

Otro aspecto que quiero resaltar, es sobre las características de las pólizas de cumplimiento expedidas por las aseguradoras, éstas tienen por objeto cubrir el pago de perjuicios que se deriven como consecuencia de un incumplimiento a cargo del tomador de la póliza, en este caso, Optimizar Servicios Temporales, se cubría que, en el evento en que incumpliera sus obligaciones los trabajadores podrían acudir al Ministerio del trabajo para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, que efectivamente El Ministerio indicó y las resoluciones están en el expediente, El Ministerio indicó que la afectación de las pólizas dependería de la fecha de vinculación de cada trabajador según corresponda, y por eso afectó dos pólizas, la 8460 y la 7987, que la póliza que se afectó y como bien indicamos en las pruebas, las pólizas se afectaron por la vinculación de los trabajadores que correspondían al FNA, a todos se les terminó en el mes de septiembre el año 2015 sus contratos de trabajo y es ahí que se tiene como fecha de incumplimiento de las obligaciones de optimizar, que no tiene asidero jurídico ni contractual, que se pretenda afectar la póliza 8460 que su vigencia inició en el año 2016 porque para el año 2016 no había contratos laborales activos con cargo al FNA y optimizar, es así que, el hecho generador del incumplimiento, se dio en septiembre del año 2015 y por lo tanto es claro que no debió haberse afectado la póliza 8460 como se dijo en la sentencia; finalmente, en el evento en que si hubiera sido cubierto, es claro que la Mora no es imputable a seguros confianza, porque optimizar termina los contratos laborales a los trabajadores, ellos inician un proceso ante el Ministerio, este después de hacer investigaciones profiere una resolución en diciembre del 2016, esa



Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

resolución inicial es objeto de 2 recursos que son confirmados, y finaliza ordenándole optimizar o a la liquidadora que nos enviará todas liquidaciones de los trabajadores para ubicar 1 por 1 y pagarles, que en efecto esa información llegó a seguros confianza en el mes de junio de 2017 y que a las demandantes se les pagó en el mes de septiembre de 2017, es decir, se demoró seguros confianza, en el peor de los casos, 3 meses para ubicar cada trabajador y proceder a pagarles, por lo que la moratoria no puede ser imputable a seguros confianza, todo el proceso se llevó en etapas, que estaban reguladas por la ley y esa ahí que proceder a pagar seguros confiables, no procede el pago de moratorias porque no estaban incluidas en las liquidaciones, si hubieran estado incluidas otro sería el escenario, pero no estaban incluidas, y esas liquidaciones fueron avaladas por el agente del Ministerio del trabajo; solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en lo que corresponde a seguros con fianzas pues el diamante en garantía que nos trajo a este proceso fue absuelto, además quedó probada la falta de legitimación en la causa, porque la póliza con la que inicialmente fuimos vinculados no estaba vigente para la fecha de la relación laboral con las demandantes, porque la póliza vigente es decir, la 7987 ya se agotó en su totalidad el valor asegurado y prueba de ello es la certificación emitida por la representante legal de la aseguradora, y finalmente porque la póliza 8460 con la cual se condena hoy a seguros confianza no estaba vigente para la fecha en la relación laboral con la demandante, en ese sentido dejó formulado el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante, Optimizar Servicios Temporales S.A., y llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas SA - Confianza SA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, de cada uno de los apelantes.

En lo que respecta a la parte actora, en síntesis, el recurso se centra en contra de la decisión de absolver al Fondo Nacional del Ahorro de las pretensiones en su contra, y que la indemnización moratoria a cargo de la empresa de servicios temporales Optimizar Servicios Temporales S.A., no debe ser solo hasta el inicio de la liquidación, ya que, en su sentir, conforme el artículo 28 del CST los trabajadores no deben asumir las pérdidas del empleador.



En lo atinente a la inexistencia de la responsabilidad solidaria respecto del Fondo Nacional del Ahorro sobre las condenas proferidas a cargo de la empresa de servicios temporales convocada, desde ya la Sala advierte, que la decisión de absolver a la entidad en tal sentido se confirmará por las razones que a continuación se indicarán:

La jurisprudencia laboral ha expresado que, en los eventos en los que se desborde lo señalado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 en el marco de la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales, procede declarar la existencia de la relación laboral con la empresa usuaria, criterio que se puede consultar en la sentencia con radicado No. 69399 del 15 de agosto de 2018, de igual manera en sentencia SL 3697 de 2020, indicó que la solidaridad en el pago de las acreencias adeudadas como consecuencia de una indebida contratación, opera de conformidad con lo previsto en numeral 3 del artículo 35 del CST, el primer pronunciamiento en mención, señaló en su parte pertinente:

(...)

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.

(...)



En concordancia de lo anterior, y teniendo en cuenta que no fue objeto de apelación la calidad de empleadora de las demandadas, la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., a folios 178 a 187 obran copia de los contratos de prestación de servicios N°275 de 2014 y 147 de 2015 entre ésta última y el Fondo Nacional del Ahorro, de los que se aprecia que su objeto social se dirigió a: *“prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministre personal en misión, que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro”, y, “prestación de servicios de suministro y administración de personal para satisfacer las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro en armonía con el plan nacional de desarrollo y la planeación estratégica 2015-2019”.*

Lo anterior significa que, se encontraba justificado el suministro de personal en misión, por lo menos, para la vigencia de los precitados contratos respecto de los cuales fue posible la contratación de las demandantes, puesto que se encontraba dirigido a cubrir aumentos de la producción, en cumplimiento del objetivo de crecimiento y expansión, para aumentar la cobertura de los servicios por prestados por el FNA, así como incluir nuevos; razón por la cual, la contratación que efectuara OPTIMIZAR de los demandantes como trabajadores en misión para el FNA, se enmarca dentro de las actividades autorizadas para contratar personal en misión, previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, de lo que se establece que la contratación efectuada por parte de Optimizar de los demandantes para que prestaran sus servicios como empleados en misión a favor del Fondo Nacional del Ahorro, no transgredió las previsiones de la normatividad legal en mención, toda vez que, la vinculación de las dos demandantes, no excedió



el término 6 meses, prorrogables por otros 6, autorizados para contratar personal en misión, circunstancia que quedó plenamente determinada en el plenario, además que de una lectura rápida de la demanda puede inferirse igual situación.

Por consiguiente, la contratación de suministro de personal entre Optimizar y el FNA, no vulneró prohibición alguna de las contenidas para las empresas de servicios temporales y usuarias, previstas en la Ley 50 de 1990, por cuanto el objetivo para el cual fueron contratadas las demandantes, fue para aumentar la producción del FNA, en aras de lograr su objetivo de crecimiento y expansión, sin que se excediera el término máximo de contratación, razón por la cual, no le corresponde al FNA, asumir responsabilidad alguna frente al pago de la indemnización moratoria objeto de condena en este asunto, ya que dicho sea de paso, tampoco fungió como verdadero empleador de las demandantes.

En cuanto a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, de la que la parte actora adolece en el recurso, en el sentido que, no debe tenerse solo hasta la fecha de apertura de la liquidación judicial de Optimizar Servicios Temporales S.A., se tiene que tal sanción en caso de estar demostrado el actuar de mala fe del empleador, debe estudiarse conforme el hecho notorio de que la convocada fue objeto de liquidación judicial por parte de la Superintendencia de Sociedades resaltando sobre el particular que, la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones No. 24107 y 45523, señaló que la limitación a la libre movilidad de recursos de empresas intervenidas constituía una justificación para aplazar los pagos insolutos.



Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Así las cosas, no habiendo sido objeto de reparo que la relación laboral que unió a las demandantes con la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A, culminó el 30 de septiembre de 2015, tanto en el caso de Leslie Londoño Zapata como de Paola Fuquen Sema, es a partir de esta data y hasta el 22 de noviembre de 2016, que estaría obligada la demandada al pago de la mentada indemnización, sin que de esta manera tenga prosperidad el recurso de apelación formulado por la parte actora en su conjunto.

Sobre el recurso de la empresa de servicios temporales, y que en síntesis refiere a, por un lado, a controvertir la condena por la indemnización moratoria, y por otro, que la misma debió correr solo hasta el 15 de febrero de 2016.

Por razones de orden metodológico, desde ya se advierte que, no es posible acoger la manifestación de la apoderada de Optimizar Servicios Temporales S.A, en lo atinente al límite de la tasación de la indemnización moratoria hasta el 15 de febrero de 2016, comoquiera que, esa fecha corresponde al acto de admisión del proceso de reorganización de la referida sociedad, que tuvo lugar en esa data mediante auto 400-002370 por parte de la Superintendencia de Sociedades, tal como obra del certificado de existencia y representación legal obrante a folios 52 a 55 del plenario, y que conforme el capítulo IV de la Ley 1116 de 2006 sobre los efectos del proceso de reorganización, esta etapa no restringe ni impide, se reitera, aplazar los pagos insolutos, y menos a los trabajadores, diferente a los efectos del acto de apertura de la liquidación judicial.

Ahora sobre la procedencia de la sanción moratoria como tal, quedó demostrado que la sociedad de servicios temporales, a la terminación de la



**Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y
YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en
Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO**

relación laboral con las demandantes, no pagó a favor de éstas las acreencias laborales causadas por los servicios prestados por cada una de ellas, cuestión que fue aceptada por la temporal, para lo cual señaló que el pago antedicho no se había efectuado por razón del trámite concursal que se encontraba adelantando, tal como se reafirma en el recurso de apelación.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la indemnización prevista en el artículo 65 del CST, está sujeta al estudio del actuar del empleador moroso, así lo reiteró en sentencia SL 3858 de 2020, por lo que procede el análisis de si la conducta omisiva de la demandada en el pago tardío de las prestaciones de cada una de las demandantes, estuvo revestida de mala fe, esto es, que si de manera caprichosa se quiso sustraer de las obligaciones por ley conferidas en su calidad de empleadora, en aras de determinar la procedencia de la indemnización peticionada.

Sobre el actuar de mala fe del empleador, ha señalado igualmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, sólo es procedente condenar a la indemnización moratoria cuando se acrediten dos elementos: la falta de pago de las prestaciones sociales o liquidación, en este caso, y tal omisión persista en pagar esas obligaciones laborales al extrabajador, criterio que fue reiterado por dicha Corporación en sentencia SL 2805 de 2020, M.P. Jorge Luis Quiroz.

En el presente caso, no ofreció reparo que la vinculación de las demandantes con Optimizar Servicios Temporales feneció el 30 de septiembre de 2015, y que durante el trámite procesal se demostró por parte de la llamada en Garantía Confianza S.A., que ésta efectuó el pago a las promotoras, de la



Proceso Ordinario Laboral 37 – 2016 – 0688 – 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO

liquidación de prestaciones sociales tal como se verifica a folios 471, 524 y 525, contentivo de las sumas a favor de aquellas y únicamente el comprobante de transacción realizada a favor de la demandante Paola Fuquen Sema, pero en todo caso, Confianza S.A. indicó que había efectuado el pago a Leslie Londoño Zapata por \$4.695.458 y a Paola Fuquen Sema por \$4.696.679, a través de su abogado César Martínez; no obstante ello, el comprobante al efecto allegados visible a folios 524 y 525 del plenario, no corresponden a las sumas que señala se transfirieron a las ex trabajadoras; en consecuencia, teniendo en cuenta lo anterior y que la relación de trabajo en ambos casos feneció el mismo 30 de septiembre de 2015, la conclusión que resulta con claridad es que la demandada Optimizar si incurrió en mora en el pago de las prestaciones de los demandantes por más de 2 años luego de terminada la relación laboral de estas.

Por último, en lo que respecta al recurso de apelación de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A., y que en síntesis refiere, primero, a que, si el FNA fue absuelto de las pretensiones de la demanda, es por lo que ésta aseguradora debía haber corrido la misma suerte, siendo que fue llamada en garantía por esa entidad; segundo, sobre la afectación de las pólizas, resaltando que, en caso que Optimizar Servicios Temporales, incumpliera con sus obligaciones, los trabajadores podrían acudir al Ministerio del Trabajo para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, trámite que quedó acreditado en el expediente al interior de la correspondiente resolución; que el Ministerio indicó que la afectación de las pólizas dependería de la fecha de vinculación de cada trabajador según corresponda, y por eso afectó dos pólizas, la 8460 y la 7987, que es la póliza que se afectó por la vinculación de los trabajadores que correspondían al FNA, que a todos se les terminó en el mes de septiembre el año 2015 los contratos de trabajo y que



por esa razón se tiene como fecha de incumplimiento de las obligaciones de optimizar, que no tiene asidero jurídico ni contractual, que se pretenda afectar la póliza 8460 que su vigencia inició en el año 2016 porque para el año 2016 no había contratos laborales activos con cargo al FNA y optimizar, siendo que el hecho generador del incumplimiento, se dio en septiembre del año 2015, con la terminación de los contratos, siendo claro entonces que no debió haberse afectado la póliza 8460.

También expuso que, en el evento en que si hubiera sido cubierto, la mora no es imputable a seguros confianza, porque optimizar termina los contratos laborales a los trabajadores, ellos inician un proceso ante el Ministerio, este después de hacer investigaciones profiere una resolución en diciembre del 2016, esa resolución inicial es objeto de 2 recursos que son confirmados, y finaliza ordenándole optimizar o a la liquidadora que enviará a seguros confianza todas liquidaciones de los trabajadores para ubicar uno por uno y pagarles, que en efecto esa información llegó a seguros confianza en el mes de junio de 2017 y que a las demandantes se les pagó en el mes de septiembre de 2017, es decir, se demoró seguros confianza, en el peor de los casos, tres meses para ubicar cada trabajador y proceder a pagarles, por lo que la moratoria no podría ser imputable a seguros confianza; que todo el proceso se llevó en etapas, que estaban reguladas por la ley y el pago de la sanción moratoria no procede porque no estaban incluidas en las liquidaciones, si hubieran estado incluidas otro sería el escenario, pero no estaban incluidas, y esas liquidaciones fueron avaladas por el agente del Ministerio del trabajo; solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en lo que corresponde a seguros confianzas, reiterando que el llamante en garantía fue absuelto, y que la póliza con la que inicialmente fue vinculada al proceso no estaba vigente para la fecha de la relación laboral con las demandantes, porque la póliza



vigente, es decir, la 7987 ya se agotó en su totalidad el valor asegurado y que prueba de ello es la certificación emitida por la representante legal de la aseguradora, y finalmente porque la póliza 8460 con la cual se condena hoy a seguros confianza no estaba vigente para la fecha en la relación laboral con la demandante, en los anteriores términos dejó sentado el recurso la aseguradora Seguros Confianza S.A.

En primer lugar, la condena inserta en el numeral tercero de la sentencia a cargo de Compañía Aseguradora de Fianza S.A. – Confianza S.A., dice:

“TERCERO: CONDENAR a la demandada Compañía Aseguradora de Fianza S.A., Confianza S.A., a responder y afectar la póliza DL 8460 para asegurar el pago de las obligaciones contenidas en el numeral anterior, hasta el límite del monto legal contemplado en dicha póliza”

Es así que, conforme el alcance del recurso de apelación de la aseguradora, en contraste con los términos de la condena, es necesario aclarar que, la obligación de participar en el cumplimiento de la orden emanada del precitado numeral tercero, se impuso por el vínculo contractual del aseguramiento que el juez de instancia advirtió con relación a la póliza DL8460, más no, por la calidad de empleadora de Confianza S.A. respecto de las demandantes, o que ésta estuviera encargada de generar el pago de las prestaciones sociales o salarios al término de la relación laboral conforme lo prevé el artículo 65 del CST, ya que, tales efectos, no hay duda, están a cargo de la empleadora de aquellas, Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial.

Ahora, en lo que tiene que ver con la otra parte del recurso por parte de la aseguradora, esto es, sobre la orden de afectar la póliza DL8460, llama la atención que, aun siendo ausente copia de la misma en el proceso, de todas



maneras el juez la haya subsumido en las condenas, sin que, por lo menos, pudiera el alcance de la misma, su cobertura o condiciones de aquella; y es que es normal que ni siquiera la caratula de la póliza DL8460 haya sido aportada por ninguno de los sujetos procesales, en tanto que, el a quo sorprende con la condena que se revisa, toda vez que, la mentada póliza ni siquiera existía para el momento en que estuvo vigente la relación laboral de cada una de las demandantes, vínculo que se recuerda feneció el 30 de septiembre de 2015, y la póliza DL8460 apareció solo hasta el 4 de enero de 2016, información esta última que se extrae de las resoluciones proferidas por el Ministerio del Trabajo visibles a folios 503 a 523 del plenario.

Aunado a lo anterior, manifestó el juez que la orden de afectar esa póliza devenía de las facultades ultra y extra petita, sin tener en cuenta que ni al interior de los hechos de la demanda, ni en los de defensa de las convocadas, ni en el escrito de llamamiento en garantía se cita la misma, o que el alcance de aquella hubiese sido debatido en el proceso, además, de una simple interpretación del artículo 50 del CPT y de la SS, no le estaba permitido al operador judicial hacer uso de las facultades que le permite la norma, comoquiera que, lo que quiso el legislador fue garantizar que al trabajador se le reconociese el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones que no hicieron parte de las pretensiones de la demanda, solo si los hechos en los que se fundamenta fueron discutidos en el proceso, por lo que, la orden para hacer efectiva una garantía de seguro, como ocurrió en el caso, nada tiene que ver con la finalidad de la norma, y en tal orden de ideas, lo anterior, resulta suficiente para revocar el numeral tercero de la sentencia.

Así las cosas, se confirmará en lo demás la decisión de primera instancia por lo así considerado.



Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de febrero de 2020, para en su lugar, **ABSOLVER** a la llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianza S.A. – Confianza S.A., de las condenas a su cargo, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



**Proceso Ordinario Laboral 37 - 2016 - 0688 - 01 DTE: LESLIE LISBETH LONDOÑO ZAPATA Y
YENIFER PAOLA FUQUENE SEMA DDO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en
Reorganización Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.' with a period at the end.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado**

EN USO DE PERMISO
**LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 34-2015-0625-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ GIRALDO

DEMANDADO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. y COMPAÑÍA
COLOMBIANA DE TABACO S.A. – COLTABACO S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada COLTABACO S.A, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de febrero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante presentó alegaciones.



ANTECEDENTES

El señor Carlos Alberto González Giraldo por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato laboral con DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. comprendido entre el 1 de octubre de 2011 y el 31 de marzo de 2015, que el salario devengado por el trabajador obedeció a la suma de \$4.735.403, conformado por \$3.000.000 salario base y \$1.735.403 por el promedio de las comisiones causadas del mes de agosto de 2014 a marzo de 2015; que como consecuencia de lo anterior, se condene solidariamente a la demandada junto con COLTABACO S.A. al pago de vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías año 2014, prima de servicios año 2015 y salarios por comisiones no pagadas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, suscribió con la demandada DLB contrato de trabajo a término indefinido el día 1 de octubre de 2011 para ejercer el cargo de ejecutivo de cuenta, con un salario básico de \$2.000.000 y un bono de \$2.000.000; que las funciones asignadas consistieron principalmente en el diseño, coordinación e implementación para la prestación de servicios en proyectos publicitarios y de mercadeo para clientes específicos; que el día 28 de noviembre de 2013 suscribió otro si con DLB en el que se modifica la base salarial a \$3.000.000 y el derecho a recibir comisiones de las que resalta que, en dicha oportunidad no fue pactado que éstas no constituyeran salario; que COLTABACO S.A. subcontrató con DLB la prestación de servicios que prestaba el actor, siendo designado el demandante como ejecutivo de cuenta en dicho proyecto; que con fecha 31 de marzo de



2015 el trabajador presenta renuncia; que, a su parecer la liquidación final del contrato de trabajo que le fue entregada en suma de \$20.141.823 no refleja la realidad contractual, ya que se toma como salario mensual la suma de \$3.000.000, cálculos de los que resalta no han sido pagados, en los que además aparece un descuento ilegal y no autorizado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLTABACO S.A. contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos manifestó no constarle y negó los mismos. Como excepciones propuso de fondo las que denominó inexistencia de la solidaridad contemplada en el artículo 34 del C.S.T., prescripción y buena fe.

Por su parte la demandada, DBL GROUP COLOMBIA S.A.S., estuvo representada por CURADOR AD LITEM, quien contestó la demanda manifestando frente a los hechos que, no aceptaba ni se oponía a los hechos y pretensiones de la demanda. Como excepción de mérito propuso la de pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo con la demandada DLB GROUP COLOMBIA S.A.S, a término indefinido vigente entre el 1 de octubre de 2011 y el 31 de marzo de 2015, fijando como salario final la suma de \$3.000.000; así mismo declaró la responsabilidad solidaria de DLB con la empresa COLTABACO S.A., condenando a éstas apagar a favor del demandante los siguientes conceptos y sumas:



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

- Salarios adeudados (comisiones)	\$12.147.816
- Cesantías año 2014	\$4.735.403
- Intereses a las cesantías	\$ 90.000
- Sanción por no pago de intereses a las cesantías	\$90.000
- Prima de servicios	\$749.997
- Compensación de vacaciones (3 días)	\$12.500

Condenó al pago de indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, entre el 15 de febrero al 31 de marzo de 2015, en la suma de \$4.500.000; e indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. a partir del día 1 de abril de 2015 en un día salarios, a partir del inicio del mes 25 intereses moratorios conforme la Superintendencia financiera.

Costas en cuantía de un (1) smlmv a cargo de las demandadas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Para resolver el problema jurídico el Despacho deberá verificar la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, si DLB actuó como verdadero empleador o si entre ésta y Col tabaco S.A., existe responsabilidad solidaria por ser la beneficiaria de la labor del demandante; que en aplicación del principio de la realidad sobre las formas contenido en el artículo 53 de la Constitución, existió un contrato de trabajo entre el demandante y la Coltabaco por ser la beneficiaria de la labor contratada por el demandante; que el contrato se presume que existió entre las partes entre el 1 de octubre de 2011 y el 31 de marzo de 2015 haciendo la salvedad que la sociedad no desconoció la existencia de la relación laboral conforme el contrato de trabajo visible a folio 3 y las constancias laborales que obran a folio 44; que conforme el artículo 22 del C.S.T., se presume la existencia del contrato conforme la documental: contrato de trabajo con fecha 21 de enero de 2012 por el cual se contrató al actor para desempeñarse como ejecutivo de cuenta con una salario inicial de \$2.000.000, el otro si al contrato de trabajo del 1 de nov de 2013, liquidación de prestaciones sociales a folio 43, constancia laboral del 20 de marzo de 2015 a folio 44, afiliación a caja de compensación familiar compensar, reporte de semanas cotizadas a la AFP Protección, afiliaciones en las que aparece como trabajador dependiente de la demandada DLB, pruebas que no fueron desconocidas por las partes; que en audiencia del 13 de diciembre de 2019 se realizó el interrogatorio de parte al demandante en la que se informó que, inicio a laborar para DLB en el 2011, contrato a término indefinido como



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

ejecutivo de cuenta, que su labor era la de dirección de cuentas, manejo de la producción, es procedente declarar la existencia del contrato de trabajo vigente entre el 1 de octubre de 2011 y el 31 de marzo de 2015 a término indefinido suscrito entre el actor y DLB con un salario final pactado de \$3.000.000; que frente a la responsabilidad solidaria de Coltabaco S.A., como beneficiaria de la labor del actor, que teniendo en cuenta que ésta es un tercero, es necesario establecer la diferencia entre el simple intermediario y el contratista independiente, ya que esa distinción es la que marca el derrotero para zanjar la discusión, se remite a los artículos 34 y 35 del C.S.T., y a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de octubre de 1999 con radicado 12187, para indicar que, conforme la jurisprudencia laboral en el artículo 34 del C.S.T., existen dos relaciones jurídicas a saber, una, entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta, y otra entre ese contratista independiente y los trabajadores que se utilizan para tal fin, la primera es de naturaleza civil o comercial y la segunda es laboral, y en lo que hace el beneficiario del servicio es claro en términos formales o reales respecto de los trabajadores vinculados por el contratista y adscritos al objeto contractual ya que no ejerce la subordinación laboral frente a ellos ya que solo es acreedor de un servicio; al estar diferenciadas ambas figuras jurídicas en la norma sustancial puede presentarse cuál de ellas es la que regula una relación laboral, si se tiene en cuenta que, poseen consecuencias legales diferentes para el beneficiario del servicio, por lo que ha de ser el juez quien decida la figura aplicable; que las relaciones no fueron desestimadas dentro del plenario por las demandadas pues aceptan que el actor inicialmente suscribió un contrato de trabajo a término indefinido para cumplir con el objeto contractual suscrito entre las demandadas, que las labores del demandante siempre lo fueron de manera subordinada, tenía un superior jerárquico a quien debía rendir informes, a que tramitaba permisos, que el demandante en audiencia afirmó que sus jefes eran Andrés Moya y Rene Hernández director financiero, y que el cliente que atendía era Coltabaco S.A.; que conforme el principio de realidad se tiene que DLB actuó como contratista ya que era la que organizaba, controlaba y se beneficiaba de los servicios directos prestados por el demandante en calidad de ejecutivo de cuenta comportándose inicialmente como una verdadera empleadora al ejercer de manera permanente y constante el poder subordinante, pero no puede perderse de vista que la beneficiada con la labor del demandante esa Coltabaco S.A., donde el actor debía presentarse al menos dos veces a la semana organizar actividades de planeación con personal de Coltabaco, que debía reunirse con Juan Carlos Díaz como director de marcas nacionales, con Giovany Solano y Catalina Landa que manejaba marcas nacionales, todas estas personas se desempeñaban en el departamento comercial y en el departamento de compras que era la sección afectada por las labores desempeñadas por el demandante en calidad de realizador de eventos btl, información que se corrobora con el contrato de prestación de servicios para la realización de eventos btl, que al tenerse como verdadero empleador es DLB y que por tanto el actor tiene derecho al pago de las acreencias laborales pendientes de pago derivadas de la relación laboral; que coltabaco era beneficiaria de las labores realizadas directa y personalmente por el demandante. De la solidaridad. Pretende la parte actora que coltabaco y DLB sean condenadas solidariamente por el pago de las sumas adeudadas al demandante quien prestó sus servicios a la contratante en ejecución del contrato de prestación de servicios para la realización de eventos btl y en cuya ejecución se ocupaba directamente el demandante en calidad de ejecutivo de cuenta; la solidaridad como fuente de responsabilidad laboral se encuentra consagrada en el artículo 34 de C.S.T., el dueño de la obra puede responder por los salarios, prestaciones e indemnizaciones a los que tengan derecho los trabajadores vinculados laboralmente con el contratista independiente, descarta al



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio lo que se evidencia o contrata la prestación de un servicio para satisfacer una necesidad propia que difiere de las que normalmente desarrolla u orienta su actividad económica, previo a establecer si sobre las demandadas existe responsabilidad solidaria y sobre este tópico se remite a la jurisprudencia que refirió que para que opere la solidaridad no basta con que la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario sino que es imperativo que labor esté vinculada con la normal explotación del negocio, es decir, que se trate de una función normalmente desarrollada por el contratante que sea en esencia inherente a la actividad de la empresa beneficiaria o dueña de la obra, sentencia SL4400 del 2014 en la que reiteró la sentencia del 10 de octubre de 1997, y SL11655 del 2015, para indicar que, entre las demandadas se suscribió el contrato comercial para la prestación de servicios, para la realización de eventos btl, por lo que, DLB es frente coltabaco un contratista por tanto le es aplicable la norma en cita y bajo ese contexto, la naturaleza de ambas actividades no es ajena, pues la primera corresponde al desarrollo de su objeto comercial según se desprende del certificado de existencia y representación legal a folios 147, coltabaco tiene por objeto social la realización de cualquier actividad lícita la que incluye sin limitación la fabricación de cigarrillos, cigarros, picaduras y en general para fumadores, su importación y exportación con distribución y expendio de esos productos a nivel nacional e internacional, el cultivo y fomento del mismo, el almacenamiento, tratamiento, importación, exportación, adquisición y enajenación dentro y fuera del país de tabaco elaborado, la sociedad producir artículos que tengan el carácter de materias primas, insumos y equipos y herramientas para la producción, de lo que constituye su objeto principal, que la sociedad igualmente podrá vender, distribuir, empacar y realizar actividades de logística, transporte, distribuir bajo cualquier modalidad comercial al por mayor y al detal toda clase de productos propios o de terceros nacionales o extranjeros; que en desarrollo de su objeto comercial perfectamente delimitado en las actividades propias de la comercialización de productos derivados del tabaco, contrató con DLB según la documental vista a folio 8 y a través de la suscripción del contrato de prestación de servicios para la realización de eventos btl, cuyo objeto según la cláusula segunda eran los siguientes: mediante el presente contrato el contratista se obliga a prestar a favor de coltabaco el diseño, coordinación, e implementación en caso de actividades para la prestación de servicios para la realización de eventos btl, dentro del plenario y de la prueba testimonial queda claro que los eventos btl están encaminados a la comercialización y promoción de los productos de que era desarrollados en el objeto social de coltabaco, es así que, a través de esos eventos se trataba de hacer promociones permanentes dando a conocer las nuevas líneas de producto que lanzaba al mercado la compañía, es claro que opera la responsabilidad solidaria entre las demandadas en los términos establecidos en el artículo 34 del CS.T., por lo cual es procedente condenar a coltabaco como solidariamente responsable por el reconocimiento y pago de las acreencias laborales pendientes de pago al término de la relación laboral por la contratista empleadora del actor DLB y así declarará.

Prescripción. Al haber certeza respecto del vínculo laboral que existió entre las partes y concretando que quien fungía como beneficiaria de la obra puede tornarse verdadera empleadora es irrefutable que le asiste derecho al demandante de las acreencias derivadas de la relación laboral reclamadas por el actor, sin embargo y atendiendo a la excepción de prescripción, que fuera formulada por la pasiva, con antelación a definirse y liquidarse el valor de las mismas, procede a establecerse si están afectadas por dicho fenómeno, que conforme el principio de la realidad sobre las formas el



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

Despacho se remite a las sentencias SL13256 del 2015 y 33784 del 16 de diciembre de 2009 que entorno a la prescripción señalaron que, la declaración de un contrato de trabajo no tiene efectos constitutivos sino declarativos en la medida que reconoce la existencia de una relación anterior a la fecha de la providencia, al juez del trabajo le corresponde definir la causación de cada acreencia y por consiguiente la data en que podía ser reclamada conforme con la ley o el acto que la contemple a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso; así las cosas, conforme la jurisprudencia y que nos encontramos frente a un contrato de trabajo pactado a término indefinido el término de prescripción se contabiliza de la siguiente manera: para el caso de las cesantías no opera el fenómeno de la prescripción ya que la demanda se interpuso dentro del término de tres años siguientes a la fecha de terminación del vínculo, en lo atinente a los restantes conceptos dado que se reclaman acreencias causadas por el demandante para los años 2014 y 2015, no se encuentran prescritos ninguno de los conceptos laborales teniendo en cuenta que la relación laboral finalizó el 31 de marzo de 2015 y la demanda se radicó el 3 de agosto de 2015, en lo que atañe a la imposición de la sanción por la no consignación de las cesantías sin que esto constituya un pronunciamiento de fondo y un reconocimiento del derecho, la que se causa a partir del día siguiente con que cuenta el empleador para consignar en el correspondiente fondo, es decir, a partir del 15 de febrero siguiente al año de causación de cesantías, y dado que se reclaman son las prestaciones sociales causadas para el año 2014 y 2015 la sanción derivada de dicho incumplimiento tampoco se encuentra prescrita. Sobre aportes al sistema de seguridad social la jurisprudencia ha indicado que el derecho a la pensión no prescribe y en esa medida al ser el aporte un factor determinante en la constitución del derecho pensional los mismos tampoco se encuentran afectados por la prescripción. Del salario pactados, debe tenerse en cuenta la cláusula de exclusión salarial para determinar el valor real de la remuneración y lo que se determinó en el otro si pactado entre las partes el 28 de nov de 2013 como comisión por referencia miento por nuevos clientes tal y como se advierte a folio 6 debe ser incluido como factor para liquidar las prestaciones sociales y si hace parte del salario; que conforme a folio 3 en que consta el contrato de trabajo el salario inicial era de \$2.000.000 y por concepto de bono garantizado la suma de \$2.000.000 que se causaron por tres meses de octubre a diciembre, que conforme la cláusula 3 del contrato y el otro si, se entiende que hay un pacto de exclusión salarial, por lo que conforme los artículos 127 y 128 del C.S.T, que dicho pacto es válido y el referencia miento de nuevos clientes se encuentra válidamente excluida, no se logra demostrar por la parte demandante que dicho concepto se diera como contraprestación de la fuerza de trabajo del demandante, pues lo que se entiende es que es un reconocimiento y pago de un incentivo al demandante de nueva fuerza comercial a favor de DLB, por lo que es válido el pacto de exclusión salarial fijado en el contrato de trabajo y sin que fuera modificado por la suscripción del otro sí; se tendrá como salario final pactado entre las partes según la modificación del otro si la suma de \$3.000.000 que servirá de base para la liquidación de las prestaciones sociales; A folio 43 obra liquidación del contrato de fecha 24 de abril de 2015; se condenará al pago de las comisiones pendientes de pago tal y como se reflejan en la liquidación final por las suma de \$12.147.816 pues al revisar el proceso no se observa que se haya pagado; respecto a las cesantías e intereses a las cesantías y la sanción por la no consignación, no se acredita que estas le fueron reconocidas y pagadas o consignadas a un fondo, en razón por lo cual se impondrá condena por este concepto por las causadas en el año 2014 equivalente a \$4.735.403 que deberá ser asumida por las demandadas, como responsables solidarios; como intereses a las cesantías antes liquidadas deberá cancelarse la suma de \$90.000 y por no consignación o pago de los mismos igual suma de \$90.000, en cuanto a la sanción por



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

no consignación de las cesantías del año 2014 y la fracción del 2015, a lo cual serán condenadas las demandadas a su pago, por un día de salario por cada retardo, liquidado en la suma de \$4.500.000 que se advierte que estas no se causan respecto de las cesantías causadas en el 2015 ya que debían pagarse directamente al trabajador sin que se causara la obligación de consignarlas por el empleador, y dado que no obra dentro del plenario constancia que hubieren sido pagadas; en cuanto a las vacaciones y primas de servicios no hay prueba que haya sido pago al trabajador conceptos reflejados en la liquidación del contrato de trabajo, que únicamente se reflejan 20 días de vacaciones reconociendo que se adeudaban tres días, que se impone condena conforme la liquidación del folio 43; la indemnización del artículo 65 del C.S.T., que la demandada DLB no concurrió al proceso y está representada por curador impondrá condena a las dos demandadas de manera solidaria, la cual no es de imposición automática sino que se requiere estar precedida de un actuar de mala fe, que en el caso no se acredita justificación para que DLB se haya sustraído al pago de los salarios o prestaciones sociales del demandante, la cual se impondrá a partir del 1 de abril de 2015 y hasta por 24 meses, e intereses moratorios a partir del inicio del mes 25; frente a la excepciones de coltabaco se declararán no probadas. Costas a cargo de las demandadas en proporción de 1 smlmv.

APELACIÓN

PARTE DEMANDADA COLTABACO S.A

“Honorable magistrados, lo que primero extrañamos de esta sentencia es la introducción misma donde inicia su tarea judicial invocando los elementos de una relación laboral conforme el artículo 23 del C.S.T., para determinar la existencia de un contrato entre el demandante y Coltabaco S.A. como la beneficiaria del servicio, creí que estaba haciendo referencia a otro proceso, pero más adelante me di cuenta que si estaba haciendo referencia a esta demanda, es que resulta Magistrados que esa pretensión se la inventó el Despacho; más adelante se embarca en el análisis de la solidaridad del artículo 34 del C.S.T., es decir, con su sentencia el a quo dijo que el trabajador era trabajador de Coltabaco y en su sentencia dijo que no era trabajador de Coltabaco, la sentencia comporta una contradicción jurídica, por un lado, declara que lo que existió fue una verdadera relación laboral entre el demandante y mi defendida Coltabaco sin prueba alguna por supuesto; la demanda no solicita la existencia de una relación laboral, los invito a que lean el numeral primero de las pretensiones, que se declare que entre el trabajador y DLB GROUP CCOLOMBIA S.A.S. existió un contrato a término indefinido cuyos extremos son tales y tales, ahí no dice que se declare que existe una relación laboral o de intermediación con Coltabaco, el numeral segundo menciona algo del salario y el tercero de las pretensiones dice: que se declare que existe una solidaridad entre DLB GROUP y Coltabaco en relación que se adeudan en virtud del artículo 34 del código laboral, es que ese era el objeto del proceso, no era otro, pero entonces ciertamente alguien que si haya estudiado las normas sustantivas del trabajo, dirá es que el a quo en primera instancia tiene facultades ultra y extra petita, ciertamente, los que hemos estudiado el C.P.T. y de la S.S., sabemos que el artículo 50 todavía está vigente y lo voy a leer porque de él derivamos la ilegalidad de esta sentencia, en la medida en que incurrió en un gravísimo error de derecho, leo la norma,



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

el juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, resalto, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados; ahora, ya no leo, las pretensiones, leo los hechos de la demanda y en ninguno de ellos ni siquiera insinúa que se dio una relación de intermediación entre DLB y Coltabaco, todo lo contrario, en el hecho 4 dice: el 1 de agosto entre Coltabaco y DLB subcontrató la prestación de servicios de diseño, coordinación e implementación de actividades para la prestación de servicios de BTL, contrato que permaneció vigente, el ejecutivo de cuenta exclusivo designado dice el hecho 5 para desarrollar el mencionado fue el demandante, el trabajador presenta renuncia a DLB GROUP dice el hecho 6, a la fecha DLB GROUP no ha pagado los derechos laborales, el hecho 8 dice que DLB no consignó las cesantías, no dice que fue Coltabaco como intermediario, no, que su empleador, después el 9 dice que DLB GROUP entregó al trabajador una liquidación donde señala los valores adeudados, el hecho 10 dice que la liquidación no refleja la realidad, no dice que Coltabaco la pagó mal o que se la debía pagar, no dice en ninguna parte, estamos anonadados a la hora de presentar este sustento de recurso de apelación, pareciera que hubieran fallado un proceso distinto, el hecho 1 dice DLB GROUP contrató al demandante mediante contrato a término indefinido, dice el hecho 2 que las labores que desempeñó el trabajador durante toda la relación laboral consistieron en diseñar, coordinar e implementar actividades BTL, ni siquiera menciona a Coltabaco, el artículo 50 dice que sean hechos que hayan sido discutidos y debidamente probados en el proceso, tal y como se evidencia del cuerpo de la sentencia para llegar a la conclusión condenatoria consideró el a quo que la actividad de DLB era similar, conexas o complementaria a la que realizaba Coltabaco, la prueba que cita el Despacho es increíble, es el mismo interrogatorio de parte del demandante, y lo citó dos veces para demostrar la subordinación de la que se demostró la supuesta relación laboral con Coltabaco, aparece a minuto 15:15 cuando dice que inició con DLB en el 2011, después dice que la subordinación existe según lo dijo el mismo demandante, y al minuto 15 cuando dijo que rendía órdenes a un señor moya, que el mismo demandante dijo que debía acudir por lo menos dos veces a la semana para reuniones y que eso lo dijo en el minuto 16, claro eso lo dijo el demandante, es el mismo el que fabrica su propia prueba? Con base en eso condenó, aunque dice que ya no es a otro al que debe presentar informes, sino que es a otro funcionario de coltabaco, eso no lo declaró sino el demandante, dice que todo esto queda ratificado con el contrato que suscribieron DLB y Coltabaco, cuando en un error evidente de hecho un contrato hace presumir la existencia de una subordinación de un contrato comercial, el evidente error de hecho consiste en hacerle decir a ese documento algo que no existe, porque ni siquiera se menciona al demandante, dio por demostrado, estándolo, con ese documento la existencia de una subordinación laboral, obviamente ésta también la demostración que hizo con el interrogatorio de parte del demandante; disentimos del razonamiento que hizo a quo, desestimó por completo la prueba testimonial que trajo la empresa, simplemente por allá mencionó a la testigo de Coltabaco, en un pequeño aparte donde decía que él hacía labores de logística, hubo otro testigo de Coltabaco que el demandante solo aparecía para realizar labores de logística en las grandes ferias del país, en la feria de las flores de Medellín, en el carnaval de barranquilla, en el carnaval de negros y blancos en pasto, en la feria de Manizales, dónde está la continua dependencia y subordinación o la prestación personal del servicio, ciertamente no pretendemos que se dicte sentencia con base en la tarifa legal y que por Coltabaco haber traído dos testigos sea la prueba testimonial de Coltabaco la que prevalezca, pero no cabe duda que el demandante hizo incurrir el Despacho en un error, los dos testigos de Coltabaco narraron que el demandante si era parte de trabajadores del



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

grupo de DLB empresa contratista, pero también declararon que era una empresa contratista que organizaba eventos para Coltabaco y para otras empresas como lo dijo el mismo testigo del demandante y citó los nombres que no recuerdo de otras empresas, dentro de ellas si mal no recuerdo una de vehículos, y si bien Coltabaco se benefició de esos eventos, no significa que por eso la realización de eventos haga parte del objeto social de mi mandante; el Despacho dice en su sentencia que la actividad de logística de DLB es la misma de Coltabaco y hace una lectura en el objeto social que se relaciona en el certificado existencia y representación porque dice que puede realizar actividades de logística y transporte del tabaco, no de eventos como los que realizaba DLB que era para lo que fue contratada esa organización; en la sentencia se hace referencia a un pronunciamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia cuando cita por allá un caso del Banco de la República y menciona actividades como las de los servicios públicos, efectivamente el Banco de la República se beneficia de ellos, pero no por eso los trabajadores pueden reclamar de manera solidaria al Banco el pago de sus prestaciones, en ese orden de ideas le piso al Tribunal que haga el siguiente razonamiento, para la instalación de las carpas en los eventos que organizó DLB para Coltabaco, se necesitaba personal que las instalara, llamemos a esas personas operarios, así mismo necesitaba personal que instalara televisores, llamémoslos técnicos electricistas, así mismo, se contrataba personal de vigilancia para que cuidara bienes y personas, los vigilantes; y también se contrataba personal para realizar el aseo, antes, durante y después del evento, yo no me lo invento, lo dijeron los testigos, no le cabe duda a la empresa que ni Coltabaco, se dedica a la instalación de carpas ni tampoco el montaje eléctrico, ni tampoco a labores de vigilancia ni mucho menos de aseo dentro de su objeto social, eso se desprende del objeto social que se evidencia en el certificado de cámara de comercio que acompañamos, labores de producción, distribución y venta de cigarrillos, no en vano el demandante en su interrogatorio de parte intentó extender el alcance de sus actividades a las de venta cuando dijo que en alguna oportunidad llevó unas cajas de cigarrillos a unos mayoristas que eso no lo probó sino él con su declaración y se atrevió a decir que cobró el dinero de unas ventas algo desmentido por otro de los testigos que vino al proceso, claro, es que el demandante sabía que no realizaba las actividades propias de Coltabaco, y ciertamente Coltabaco se beneficiaba de sus contratistas, pero el legislador contempló la solidaridad del artículo 34 para los eventos en los que sub contrata la actividad propia de su objeto social, a manera de ejemplo, es el caso de la solidaridad que existe respecto de la empresa constructora frente a los trabajadores del contratista que realiza las labores de construcción de un edificio, así como no existirá solidaridad y seguimos en el evento hipotético de esa constructora, entre esa constructora y la empresa que contrata la elaboración de su contabilidad respecto del pago de los derechos laborales de sus contadores y ciertamente la constructora se beneficia de esa actividad contable, dentro de las preguntas formuladas al testigo del demandante, la empresa demostró que esas mismas actividades que desarrollaba el demandante eran las mismas que desarrollaba DLB para otras empresas que contrataban sus servicios; condenar como lo hizo la a quo a Coltabaco de manera solidaria al pago de las prestaciones sociales lleva al extremo de considerar que por su actividad comercial la sociedad DLB tendría actividades similares, conexas y complementarias con todos y cada uno de los clientes que ella llegó a contratar así de sencillo; el a quo no dio por demostrado estándolo a través de las declaraciones de los testigos que la actividad del demandante era esporádica y ocasional a los largo de los años, ellos fueron unánimes en afirmar que el demandante era enviado por el contratista DLB para coordinar el montaje de los eventos como feria de las flores, carnaval de barranquilla, etc., de haber apreciado de manera debida esas declaraciones hubiera llegado a la conclusión que el demandante



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

esporádicamente intervino en el montaje de esos eventos, y si al caso iba una o dos veces a Coltabaco a planear esos eventos y después para donde se iba, dicho por el mismo demandante y los testigos de ambas partes, para su empresa, hubiera concluido que sus funciones eran meramente logísticas, tales como armado de carpas, montaje de televisores, adecuación de salones para la atención de usuarios del evento, que nunca señor juez venta de cigarrillos, porque por ley Coltabaco tiene prohibida la venta al menudeo en ese tipo de eventos; dio por demostrado sin estarlo que, las actividades desarrolladas por el demandante, es decir, de logística y montaje de eventos y recreación están demostradas con el objeto social de la demandada, y lo dio por demostrado sin estarlo cuando hace una apreciación errónea del certificado de existencia y representación legal de Coltabaco; en cuanto a la sanción moratoria, el Despacho entra en abierta contradicción jurídica cuando hace su análisis de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dice que condena porque no hubo pago por parte del empleador, en este caso se guarda de decir quién era el empleador, pero igualmente dice que mi mandante debe responder, ya no nos indica si en calidad de empleador, porque ya nos había declarado empleadores en la tercerización de la labor sino en calidad de responsable solidario y es que en verdad entendemos que no lo haya hecho porque por un lado era verdadero empleador por la declaración que hizo anteriormente y posterior dice que era solidario, dice en relación con la condena del artículo 65 de la sanción moratoria que la conducta del empleador pudo explicar por qué no se canceló, dice el Despacho en la sentencia, la conducta del empleador se pudo explicar, que la empleadora directa, voy a utilizar “que la empleadora directa DLB GROUP de manera incuriosa no se presentó al proceso”, y que por eso condena a esa sanción moratoria, pero no había dicho que el empleador era Coltabaco?, y luego condena a Coltabaco como solidario por ser beneficiario de la obra, simplemente hago una pequeña lectura del encabezado del artículo 34 del C.S.T., haciendo referencia al dislate cometido por el a quo cuando dijo desde el comienzo de la sentencia que Coltabaco era el verdadero empleador, al fin qué? Entonces Coltabaco era empleador o era un simple intermediario porque nos condenó con base en el artículo 34, al pago de las sanciones moratorias del 99 y del 65, pero es que el artículo 34 dice que son contratistas independientes y por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, es decir, DLB GROUP por eso acusamos la sentencia de un grave error de sindéresis, de derecho, porque por un lado condena como verdaderos empleadores y declara como simple intermediario a DLB GROUP y por otro dice que es un verdadero empleador cuando nos condena de manera solidaria, en fin, a mi mandante lo condenaron en este proceso como empleador y como beneficiario de la obra en virtud del artículo 34 de manera indistinta como si eso no importara, por eso, ni más faltaba cuando el Despacho llegó a las excepciones de Coltabaco las leyó lánguidamente y solo encontró una simple inexistencia de solidaridad pero ninguna que hiciera referencia a una relación de intermediación, pero cómo la íbamos a proponer si ni siquiera en las pretensiones de la demanda o en las pretensiones, se insinuó si quiera una conducta al respecto. Solicito se revoque la sentencia.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada COLTABACO S.A.S, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y con lo manifestado en la sustentación del recurso.

Los puntos de inconformidad a saber, en síntesis, corresponden a: que el Juzgado no debió declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la demandada Coltabaco S.A.S, y, por ende, no debió ésta última ser declarada solidariamente responsable de las condenas impuestas en la sentencia, así también, de las sanciones indemnizatorias del artículo 65 del C.S.T., y 99 de la Ley 50 de 1990.

En primer, lugar frente a la inconformidad sobre la declaración del contrato de trabajo, considera la Sala que el recurso dirigido en tal sentido carece de fundamento y no obedece a la realidad procesal, comoquiera que, no se entiende la razón por la cual, el recurrente hace una extensa explicación para desvirtuar la supuesta calidad de empleador de Coltabaco S.A.S, cuando ello no sucedió.

Por lo anterior, en procura de mayor claridad es necesario recordar los numerales primero y segundo de la sentencia, que se citan a continuación, y que se reproducen tal como quedó consignado en el acta visible a folio 248 sin perjuicio del audio que acompaña la misma:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ GIRALDO, y la demandada DLB GROUP COLOMBIA S.A.S., existió un contrato de trabajo pactado a término indefinido y que tuvo vigente (sic) entre el 1 de octubre de



**Proceso Ordinario Laboral 34 – 2015 – 0625 – 01 DTE: CARLOS ALBERTO GONZALEZ
GIRALDO DDO: DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

2011 y el 31 de marzo de 2015, con un salario final pactado que ascendía a la suma de \$3.000.000 de pesos. (Subraya la Sala)

SEGUNDO: DECLARAR la responsabilidad solidaria entre la empleadora DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. y la beneficiaria de la labor del demandante, COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. (Subraya la Sala)

Conforme lo antes citado, es claro que, el recurso de apelación en este aspecto, está en abierta contradicción con la sentencia proferida por el a quo, es decir, que la demandada Coltabaco S.A.S no fue declarada como empleadora del demandante, sino responsablemente solidaria en el cumplimiento de las condenas impuestas a la empresa DLB COLOMBIA S.A.S, respecto de quien, si se declaró tal calidad, por ende, lo anterior, basta para despachar desfavorablemente este punto de inconformidad.

Por otro lado, frente a la declaración de responsabilidad solidaria entre la empresa que fungió como empleador del demandante y la beneficiaria de la labor del aquel, debe partirse del análisis del artículo 34 del C.S.T., que se considera necesario citar:

“Artículo 34. Modificado por el Decreto 2351 de 1965, art. 3

- 1) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
- 2) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.*



En el presente caso, para concluir la existencia de la mentada solidaridad el a quo refirió que, de los diferentes medios probatorios, incluso de los testimonios, se hacía claro que, los eventos de BTL (below the line o por debajo de la línea que traduce actividades de mercadeo personalizado y no tradicionales) para los que fue contratado el actor por DLB GROUP, estaban encaminados a la comercialización y promoción de los productos conforme el objeto social de Coltabaco S.A.S, ya que, a su parecer, *“se trataba de hacer promociones permanentes dando a conocer las nuevas líneas de producto que lanzaba al mercado la compañía, es claro, que opera la responsabilidad solidaria entre las demandadas en los términos establecidos en el artículo 34 del C.S.T.”*

Luego, salta a la vista que, para determinar la solidaridad de que trata el artículo 34 del C.S.T, por parte del a quo no se profundizó en un serio análisis del objeto de cada una de las convocadas, es decir, de DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. y COLTABACO S.A.S, ni tampoco se precisó sobre la actividad específica desarrollada por el trabajador, que, de ser así, seguramente la conclusión de la juez de instancia sería otra, esto es, la inexistencia de la solidaridad entre el empleador del actor y el beneficiario de sus servicios, puesto que, sencillamente al tenor de la norma referida, las actividades a las que se dedica éste último son extrañas a las de la empresa que contrató los servicios del demandante.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular ha dicho que: *“... el artículo 34 del C.S.T., refiere que existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de este, siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra tengan*



una relación directa con aquellas que derivan en el giro ordinario de sus negocios, esto es, que no sean extrañas o ajenas a su actividad”, criterio reiterado entre otras, en las sentencias CSJ SL, 17 jun. 2008, rad. 30997; CSJ SL, 1º mar. 2010, rad. 35864; CSJ SL12234-2014; CSJ SL17343-2015, CSJ SL601-2018 y SL 1466-2020.

Ahora, en este caso, más que del análisis de las actividades que desarrollaba el actor a favor de Coltabaco S.A.S, en cumplimiento del contrato de trabajo suscrito con DLB GROUP, y que, en síntesis, obedecían al diseño, coordinación e implementación de actividades para la prestación de servicios BTL, o, en otras palabras, de mercadeo y publicidad, debe repararse en el objeto de cada una de las dos sociedades para verificar la similitud o diferencia en las actividades de una y otra, lo cual resulta fundamental, ya que de ello depende la conclusión sobre la existencia de solidaridad entre estas dos convocadas.

A folio 146 a 160 obra certificado de existencia y representación legal de la Compañía Colombiana de Tabaco S.A.S., Coltabaco S.A.S., del que se desprende que su objeto social, en lo que interesa a la decisión, corresponde a: *“la fabricación de cigarrillos, cigarros, picaduras, y en general artículos para fumadores; su importación, exportación, distribución y expendio de estos productos a nivel nacional e internacional; el cultivo y fomento del cultivo, el almacenamiento, tratamiento, importación, exportación, adquisición y enajenación dentro y fuera del país, de tabaco elaborado o no., ... la sociedad igualmente podrá adquirir, vender, almacenar, empacar, reempacar, realizar actividades de logística y transporte, distribuir bajo cualquier modalidad comercial, al por mayor y al detal, toda clase de mercancías y productos propios o de terceros, nacionales y extranjeros.”*, y así, continúa en



actividades propias de la industria del tabaco, para indicar en otro de sus apartes que: *“para el cumplimiento del objeto social podrá adquirir y enajenar todo tipo de bienes muebles o inmuebles, y en general, celebrar toda clase de actos o contratos de colaboración, administración, disposición o garantía que tengan como finalidad ejercer los derechos y/o cumplir las obligaciones derivadas de las actividades indicadas.”*

En este punto, llama la atención que ni de las consideraciones del juzgado, ni de la sustentación del recurso es posible conocer los términos en que fue fijado el objeto social de la empleadora DLB GROUP COLOMBIA S.A.S., del cual el Tribunal se permite cita en lo fundamental, conforme los documentos que obra a folios 85 a 87 del plenario, y que refieren al certificado de existencia y representación de ésta: *“...la prestación de servicios de asesoría y diseño en la elaboración de proyectos gráficos y multimedia, tanto impreso como electrónico, así como estructuración y creación de proyectos publicitarios y de mercadeo, mediante la utilización de medios impresos o electrónicos”,* y en general, nada distinto a lo antes mencionado.

En consonancia con lo anterior, en igual pronunciamientos jurisprudenciales la Corte Suprema de Justicia, ha sido clara y enfática en señalar que, si el objeto social del contratante (Coltabaco S.A.S.) no está relacionado con el giro o la actividad del contratista independiente (DLB GROUP COLOMBIA S.A.S.), sin que haya tan siquiera afinidad entre éstos, es por lo que no se configura la solidaridad, puesto que, a voces de esa Corporación, no basta cualquier necesidad del beneficiario, sino que se requiere que se trate de una función, que corresponda al giro ordinario de sus negocios.



Ahora bien, considera la Sala que, la conclusión de afinidad en las actividades propias de cada una de las dos convocadas, a la que arribó la juez de instancia, es equivocada, tal como lo dice el recurrente, toda vez que, no por el simple hecho que la empresa de tabacos implemente estrategias de comercialización e impulso de sus productos, bien por su cuenta o de un contratista, como sucedió en este caso, no por ello deba inferirse automáticamente que Coltabaco S.A.S. se dedica a actividades de mercadeo y publicidad, sobre las cuales resulta natural que haga uso la empresa dentro de su lógica comercial.

En consecuencia, en el caso bajo estudio no es posible declarar un nexo de solidaridad entre la empresa empleadora del demandante DLB GROUP COLOMBIA S.A.S. y COLTABACO S.A.S., puesto que las actividades a las que se dedica una y otra son distintas, debiendo entonces la Sala revocar en su totalidad el numeral SEGUNDO de la sentencia, para en su lugar, absolver a COLTABACO S.A.S., en el sentido que no es solidariamente responsable de las condenas proferidas a cargo del empleador del actor, y revocar de manera parcial, los numerales TERCERO, CUARTO, QUINTO y SEXTO, en el sentido de absolver a la demandada COLTABACO S.A.S, del cumplimiento de las obligaciones allí impuestas a su cargo, confirmando en lo demás la sentencia objeto de apelación.

Por consiguiente, y dado el resultado antes referido, resulta innecesario pronunciamiento alguno sobre los puntos de apelación sobre las condenas a cargo de Coltabaco S.A.S., por las indemnizaciones moratorias del que tratan los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que, las mismas se reprochan ante la calidad de empleador de esta convocada, condición de la que quedó claro no se dio en el proceso, y, por otro lado, de



todas maneras, aquella no se encontró como responsable solidaria del empleador demandado, situación que la sustrae de las obligaciones impuestas en principio, a su cargo, en la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2020, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. – COLTABACO S.A.S., en el sentido que no es solidariamente responsable de las condenas proferidas a cargo del empleador del actor, la empresa DLB GROUP COLOMBIA S.A.S., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE los numerales **TERCERO, CUARTO, QUINTO y SEXTO**, de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2020, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. – COLTABACO S.A.S, del cumplimiento de las obligaciones allí impuestas a su cargo, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia

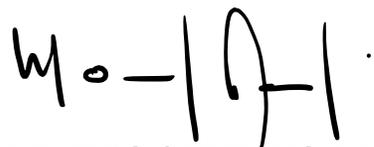
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EN USO DE PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 32 2018 717 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIA DEL PILAR GRANADOS JIMENEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 24 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Dos laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al Grado Jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

La señora MARIA DEL PILAR GRANADOS JIMENEZ, inició por intermedio de apoderado judicial, la presente acción en contra de COLPENSIONES, PORVEIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y en la que solicita, se declare la nulidad del traslado del régimen realizado por la parte actora a la demandada PORVENIR S.A.; que como consecuencia de lo anterior, las posteriores afiliaciones carecen de validez; que se condene a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual. Que se condene a la demandada COLPENSIONES a activar la afiliación de la actora y actualizar la historia laboral, que condene en costas a las demandas y en uso de las facultades extra y ultra petita. (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 9 de septiembre de 1.960 y estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 20 de abril de 1993.
- Que en abril de 2020 se afilió a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. el 20 de octubre de 2003.
- Que al momento de la afiliación no se le brindó la información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado y la forma en la que el mismo impactaría en su mesada pensional.
- Que no le indicaron las desventajas el cambio de régimen, ni le explicaron los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional.
- Que ha solicitado la nulidad del traslado a las demandadas. (fl.-4-6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 3, 19 y 22, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos.



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción (fl.-137 – 151)

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 5, 10, 11, 18 y 21, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos. (fl. 174 - 192).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 10, 11, 12, 17 y 20, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones demandadas, buena fe y prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo. (fl. 245-254).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia de fecha 24 de agosto de 2020, el Juez de Primer Grado, resolvió:

1. *Declarar no probas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas;*
2. *Declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante María del Pilar Granados Jiménez a través de porvenir s.a., de fecha 30 de abril de 2000, así como su posterior traslado a la afp santander, hoy protección s.a.;*
3. *Como consecuencia de lo anterior, condenar a las demandadas porvenir s.a. y protección s.a. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, al igual que lo descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional;*
4. *Ordenar a la demandada Colpensiones a recibir a la demandante María del Pilar Granados Jiménez como afiliada al régimen de prima media con*



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

prestación definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz;

5. *Condenar en costas a la demandada porvenir s.a. y a favor de la demandante, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin costas respecto de Colpensiones y Protección s.a.;*
6. *En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo favorable a la demandada Colpensiones, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.*

Fincó su decisión el Juez de Primer Grado, señalando en primer término que de conformidad con la jurisprudencia emanada por las Altas Cortes, y en relación con esta clase de procesos en los que se solicita la nulidad de la afiliación a una AFP, le corresponde a ésta, es decir, a la AFP, la carga de demostrar en el curso del proceso, que a la actora se brindó la correcta información, y que en ningún momento sufrió de engaños.

Indicó que en el presente proceso la demandada no demostró el suministro de la información completa y veraz a la actora, por lo que cumple los requisitos establecidos por la Jurisprudencia, para que se decrete la nulidad del traslado solicitada por la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A:

Señor juez, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación rente a la sentencia previamente proferida en los siguientes términos: frente al resuelve, en la primera parte, frente a la declaratoria de ineficacia, solicito respetuosamente al tribunal se revoque la sentencia y en consecuencia se absuelva a mi representada de todas las condenas incoadas en su contra con base en lo siguiente: primero, para la fecha de afiliación de la señora María del Pilar, esto es en el año 2000, se le brindó la información necesaria, pertinente, clara y suficiente con la cual ella decidió de forma libre, voluntaria e informada trasladarse al régimen de ahorro individual, con base en ello, realizo la suscripción del formulario de afiliación el cual era el soporte documental que se obligaba a mi representada a guardar para dejar constancia de esa asesoría y esa decisión de la señora María del Pilar, pues mayor soporte documental no era exigible para le fecha del traslado del año 2000, solamente a partir de los segundo estadios del deber de información a

EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

través de la evolución que ha tenido el deber de información esta ha sido ampliada en el 2000, 2014 y específicamente por medio de la circular del 2016, la numero 16 de la Superfinanciera de guardar soportes documentales adicionales sobre la información que se le brinda a los potenciales afiliados, de allí que para la fecha del 2000 la señora María del Pilar si se cumplió con esa obligación y de allí que firmó y suscribió el formulario de afiliación, teniendo plena validez y eficacia dicho traslado. Se debe destacar que en este proceso la señora María del Pilar recibió información por parte de porvenir y por parte de protección, en su momento ing, informándole acerca de la pensión anticipada de la cual fue el principal motivo por el cual se trasladó, pues esta es una característica propia del régimen de ahorro individual con la cual no cuenta con el régimen de prima media y que la señora María del Pilar consideró beneficioso para ella, de allí pues que con esta asesoría y así mismo con esos actos de relacionamiento de la señora demandante de permanecer durante 20 años en el régimen de ahorro individual y de hacer traslados horizontales, demuestra con base en lo establecido en la sentencia sl413 de 2018 de la corte suprema de justicia que si deseaba pertenecer en el régimen de ahorro individual, simplemente lo que pretende con este proceso es regresar al régimen de prima media por una inconformidad frente a la mesada pensional, lo cual con base en lo dicho por la misma corporación en el expediente 31989 no es un óbice para entender un engaño o una falta de información, este cumplimiento de expectativas, pues a la final también es el afiliado el que también tiene que realizar una actitud proactiva frente a una decisión tan importante y tan trascendental como el régimen pensional, incluso el decreto 2241 de 2010 en su artículo 4 establece cuales son los deberes de esos consumidores financieros en el régimen pensional y entre esos está aprovechar cada uno de los espacios brindados por las diferentes administradoras de fondos de pensiones para obtener información sobre su situación pensional, lo cual es claro que la demandante nunca realizo, pues ha tenido una total decidía y desinterés por el régimen pensional durante 20 años en el cual ha permanecido en el régimen de ahorro individual y solo hasta este momento en el que ve consolidado su derecho pensional en el cual ya se acerca a una edad en la que se quiere pensionar, pues acude a este tipo de procesos para obtener un beneficios en el régimen de prima media, para obtener una mesada superior con base en las proyecciones. Se debe destacar que para la fecha del traslado no se deben realizar esas proyecciones pensionales, por cuanto no era obligatorio con base en la normatividad y como también lo resalto la apoderada de protección en su momento en los alegatos, pues incluso si se hubiera hecho una proyección pensional esta no hubiera sido acertada a la realidad, por cuanto esta depende de diferentes circunstancias como es el núcleo familiar, situación económica del país, y expectativas pensionales situaciones todas estas que son ajenas a mi representada y han sido modificadas de forma constante por la normatividad como por la economía en general, y así mismo por las circunstancias particulares de la afiliada que los conoce. Teniendo en cuenta lo anterior, solicito respetuosamente al tribunal se revoque la sentencia y no se conceda la ineficacia del traslado y ahora bien si en gracia de discusión el tribunal superior considera que si se debe dejar en firme lo atinente a la ineficacia del traslado, solicito respetuosamente se modifique lo atinente al traslado de los gastos de administración, por cuanto de la demanda podemos obtener en las pretensiones condenatorias la 5.11 el accionante lo único que está solicitando es condenar a protección como administradora de pensiones actualmente en la que se encuentra la afiliada, trasladar el capital acumulado dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos a



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

que hubiere lugar, es decir, que lo que se está solicitando en la demanda simplemente es el traslado de lo que consta dentro de la cuenta de ahorro individual en protección, no solicitó en su momento el traslado de lo concerniente las cuotas de administración del artículo 20, que es el 3.5% en el cual consta tanto seguros provisionales como comisiones de administración, de allí que no tiene vocación realizar dicho traslado por mi representada, por cuanto esto no se encuentra dentro de la demanda y allí estaría irrespetando el principio de la congruencia. Con esto dejo asentado la sustentación del recurso de apelación, muchas gracias.

PROTECCIÓN S.A:

Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación, solicitándole a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral, que se revoque la sentencia que se acaba de proferir, solo en lo relativo a condenar a protección a trasladar a Colpensiones la comisión de administración y el seguro previsional con base en los siguientes argumentos. Sea lo primero señalar que la comisión de administración y la prima de seguro provisional son descuentos autorizados por la ley que facultan a las afps para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los aportes al sistema general de pensiones, ese mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual con solidaridad como en el régimen de prima media, obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos donde da cuenta de el ahorro individual del demandante y se demuestran allí que estos aportes tuvieron unas ganancias que demuestran la buena administración que tuvo mi representada y que en todo caso generan un beneficio a favor de la demandante, con la condena de primera instancia que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y adicionalmente agregando la comisión de administración y el seguro previsional, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y que sin embargo es de aclarar que esos dineros tanto de la comisión de administración como del seguro previsional no hacen cuenta, hoy por hoy, del dinero como tal de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para trasladársela a Colpensiones. Frente a la prima de seguro previsional, haciendo énfasis en esto, se debe manifestar que esta ya fue girada a una aseguradora para cubrir lo que podría llegar a ser un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía debería pagar esa suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de la afiliación de la demandante con mi representada, por lo tanto mi representada en este momento está imposibilitada para solicitar esa devolución y trasladársela a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora incluso es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y la afp Santander, hoy protección. Así mismo, vale la pena resaltar lo contenido en la sentencia sl2324 del 19 de marzo de 2019, proferida por la sala laboral de la corte suprema de justicia, magistrada ponente Ana María Muñoz Segura, donde luego de acceder a la



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

ineficacia del traslado solicitado por un afiliado y ordenarse la devolución de los aportes del fondo privado a Colpensiones, se refirió al rol de los terceros de buena fe dentro de este tipo de procesos, considerando para tal efecto que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a esos terceros, como en este caso representa la aseguradora, y más un teniendo también en cuenta que el traslado primigenio no se dio por medio de santander, hoy protección, sino se dio por medio de otro fondo privado; y segundo, que la devolución de esos aportes no suponen una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe, en este caso se debe tener en cuenta que si se llegase a confirmar la condena de primera instancia, mi representada deberá asumir con su propio patrimonio los valores de descuentos permitidos por mandato legal, como es la comisión de administración y la prima de seguro previsional. Se estaría entonces en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de protección, lo cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta. Y en este proceso como tal, no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba operó frente a la pretensión de ineficacia y nulidad de la afiliación, mas no sobre unos perjuicios los cuales no fueron demostrados. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando respetuosamente se revoque parcialmente la sentencia que se profirió en primera instancia en lo que tiene que ver con la comisión de administración y el seguro previsional. Muchas gracias.

COLPENSIONES:

Gracias señoría, estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones. Les solicito a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, revoquen la sentencia proferida por el juez de primera instancia, toda vez que al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y las afps demandadas, y razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, independientemente de la decisión que adoptó el despacho en primera instancia al declarar la ineficacia del traslado, pues mi representada no puede verse favorecida ni perjudicada con tal decisión, pues como lo he manifestado desde la contestación de la demanda en los alegatos de conclusión, Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora ni tuvo injerencia alguna en el acto jurídico entre esta y las afps demandadas, por lo que le solicito al honorable tribunal no condene a mi representada a recibir de nuevo a la actora como afiliada al régimen de prima media, pues con esta decisión consecencial a la declaratoria misma de nulidad, estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la constitución política y adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, pues en este caso de la condena que se impuso a mi representada va a tener un alto impacto en el pim y en la reserva pensional que día tras día se ha afectado gravemente por este tipo de procesos, igualmente le solicito al honorable tribunal tenga en cuenta que si bien una de las consecuencias de declarar la nulidad de la afiliación es devolver las cosas a su estado inicial, pues debe tenerse en cuenta que esta decisión consecencial a la declaratoria como ya manifesté afecta directamente el



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

fondo común de la administradora pensional. Por lo que le solicito amablemente a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá estudie que ante estar al frente de una situación que puede llevar al detrimento patrimonial del estado, pues debe aplicarse el principio de la sostenibilidad financiera, ya que este da soporte a la validez de la prohibición legal establecida en la ley 797 de 2003 e igualmente fue una de las razones o los motivos expuestos en la exposición de motivos del acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se debe tener en cuenta que se debe prevalecer el interés general del fondo común, en atención a que pues este fondo común es el que se va a ver afectado directamente por el regreso de la demandante y de los miles de afiliados que están retornando bajo la figura de las nulidades de las afiliaciones que se hicieron, pues hace 20-25 años. Por lo que permitir estos traslados masivos de afiliados que no tienen expectativas legítimas, es decir, que no están amparados por la jurisprudencia su 0662 de 2010, pues regresan al régimen pensional el cual no lo tuvo en cuenta en ningún momento para hacer proyecciones pensionales y con su regreso se está afectando directamente el fondo común, toda vez que esto conlleva a socavar los derechos de los demás individuos, ya que estos han trabajado arduamente a lo largo de varios años para aportar a un capital común y deben asumir la intromisión de sujetos extraños quienes además jamás realizaron sus aportes o los últimos aportes que realizaron fue hace más de 25, o en el caso de la demandante hace más de 20 años, por lo que con este fallo o con esta condena de recibir nuevamente a la demandante en el régimen de prima media, se está afectando directamente el interés económico en pro del común, en lo que criterio de esta profesional sería la exaltación de un interés particular sobre el interés general en ir en contra de los preceptos de la constitución política y los propios principios y estamentos de la seguridad social en Colombia. Por estos motivos, le solicito al honorable tribunal, revocar la sentencia de primera instancia en lo desfavorable a Colpensiones, es decir, en la condena impuesta a ordenar a mi representada a tener como afiliada sin solución de continuidad a la demandante en el régimen de prima media. De esta manera, expuestos mis argumentos del recurso de apelación, reiterándole al honorable tribunal la solicitud de absolver a mi representada de la condena impuesta. Muchas gracias.

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos en los recursos interpuestos por las demandadas, procede la Sala a establecer si existió la nulidad o ineficacia de la afiliación deprecada por la actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora MARIA DEL PILAR GRANADOS JIMENEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PORVENIR S.A. y su



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

posterior traslado a PROTECCIÓN S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, contrario a lo señalado por las apelantes, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios



EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2018 717 01
Ord. MARIA EL CARMEN GRANADOS JIMENEZ VS.
ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Rueda Olarte', written over a horizontal line.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Serrano Baquero', written over a horizontal line.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

EN USO DE PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 31-2020-0003-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: PAOLA ANDREA RIAÑO SANCHEZ

DEMANDADOS: ITELCA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por cada una de las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegaciones.



ANTECEDENTES

La señora Paola Andrea Riaño Sánchez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y sin solución de continuidad entre el 4 de agosto de 2014 y el 24 de enero de 2018, suscrito con la demandada; que se declare la ilegalidad de la cláusula 4 del contrato de trabajo en lo referente al “pacto ilegal de utilidades en perjuicio del trabajador”; que la terminación del contrato fue de manera unilateral por parte del empleador; solicita el pago de las comisiones pactadas y de las que manifiesta no se pagaron, tales como: para el año 2015 \$51.229.347,87 y \$36.000.000; para el año 2016 \$24.270.918 y para el año 2018 la suma de \$12.030.180,17; el pago de la indemnización del artículo 65 del CST, la reliquidación por los conceptos de cesantías intereses a la cesantías prima legal de servicios y vacaciones dentro del período comprendido del 4 de agosto de 2014 y hasta el 31 de enero de 2016 tomando como base el valor devengado como salario al 31 de enero de 2016 en la suma de \$ 9.801.815 pesos; solicita el pago de la indemnización del artículo 64 del código sustantivo del trabajo en la suma de \$6.638.889 pesos para un total de lo adeudado por concepto de liquidación de prestaciones sociales hasta el primero de febrero de 2016 en la suma de \$44.004.848 pesos; solicita la reliquidación del contrato de trabajo suscrito entre el primero de febrero de 2016 hasta el 24 de enero de 2018 teniendo como base salarial la suma de \$11.662.451 pesos devengados al momento de la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo, por concepto de vacaciones la suma de \$11.711.045 pesos y por indemnización del artículo 64 el código sustantivo del trabajo \$13.459.028 pesos. Que se declare que la demandada debe pagar ante el fondo Colfondos S.A. la reliquidación de lo cotizado por al sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 4 de agosto



de 2014 y hasta el 24 de enero de 2018, junto con los intereses moratorios y costas procesales.

HECHOS

En síntesis, fundamentó sus pretensiones al señalar que, con fecha 30 de julio de 2014 la demandada le hizo extensivas a la demandante una oferta de trabajo para el cargo de gerente de negocios médium, que el 4 de agosto 2014 se celebró un contrato de trabajo a término indefinido para ocupar dicho cargo teniendo como salario mensual inicial la suma de \$4.500.000 pesos más comisiones y bonificaciones, que ese mismo día se suscribió el anexo número 1 del contrato de trabajo de trabajo donde se pactó una comisión por gestión mantenimiento de clientes y resultados, equivalente al 0,43%, sobre la facturación efectiva emitida por la empresa y por la gestión comercial de la trabajadora; que desde el mes de septiembre de 2014 y hasta el 13 de marzo de 2015 la actora realizó la gestión comercial y construyó la oferta lo cual redundó en la adjudicación a la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CIUDADANA que estaba integrada por la empresa demandada y por las sociedades INGENIERÍA Y SERVICIO ESPECIALIZADO DE COMUNICACIONES SA IN FIRE Y SECURITY SAS; que las partes con fecha primero de abril de 2015 suscribieron un nuevo anexo al contrato de trabajo por medio del cual se continuó con el pacto de pago por una comisión por gestión en la misma proporción anterior sobre la facturación efectiva emitida por Itelca; que el primero de agosto de 2015 la demandante recibió un nuevo incremento salarial en la suma de 5 millones de pesos; que la actora jamás recibió el pago de la comisión por valor de \$12.145.373,5 por concepto de la gestión comercial en relación con el contrato estatal que ascendía a la suma de \$2.824.505.360; que el primero de febrero de 2016 la demandante fue



ascendida al cargo de gerente de negocios sénior teniendo como asignación salarial integral la suma de \$8.962.902 pesos y con las mismas condiciones del contrato inicial; que el día 24 de enero 2018 fue notificada de la terminación del contrato de trabajo por medio de la suscripción de un documento denominado terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo; que para el 25 de enero 2018 la actora entregó el puesto de trabajo a la convocada quedando a paz y salvo por todo concepto; que el 20 febrero 2018 le fue entregada la liquidación del contrato de trabajo por valor de \$24.655.726 pesos por medio de 2 cheques; manifiesta que la demandada adeuda comisiones y bonificaciones, las sumas correspondientes a varios contratos que la demandada suscribió con diferentes entidades estatales; que mediante petición de información de fecha del 10 de octubre de 2019 solicitó ante la demandada su carpeta administrativa respuesta que le fue remitida el 19 de octubre de 2019 de manera parcial por medio de la cual se le entregó copia de los documentos solicitados entre otros el referente al único pago de un bono por valor de \$23.340.000 pesos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones con excepción de la enlistada en el numeral primero, referente a la declaración de la relación de trabajo en los extremos solicitados; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 6, 8, 14, 19, 21, 23, 25 a 28, y 30 a 31 y no aceptó los demás. Como excepciones formuló de mérito las que denominó prescripción, falta de causa, inexistencia de la obligación y compensación.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes para periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2014 y el 24 de enero de 2018.

CONDENÓ al pago y a favor de la demandante por concepto de reliquidación de vacaciones del año 2015 en suma de \$972.500.

CONDENÓ a realizar el pago ante COLFONDOS S.A., de los aportes pensionales por una única vez, teniendo como IBC la suma de \$23.340.000.

Impuso a cargo de la demandada el pago de costas y agencias en derecho en proporción de medio SMLMV.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa lo primero que tenemos que entrar a determinar es el vínculo jurídico que unió a las partes, que el artículo 22 el código sustantivo del trabajo define lo que ha de entenderse como contrato de trabajo, el artículo 23 consagra los elementos esenciales, que la prestación del servicio se encuentra aceptada por la parte demandada, tendríamos que entrar a determinar si estamos ante la presencia de 2 contratos de trabajo o si por el contrario es 1 solo que mutó, toda vez que entre las pretensiones de la demanda, está la del pago de la indemnización del artículo 64 del código sustantivo del trabajo por el contrato que va desde el 4 de agosto de 2014 al 30 de enero de 2016; qué al revisar la documental allegada al expediente por las partes, se advierte que se allegó copia de un contrato de trabajo suscrito entre las partes, que a folio 22 aparece copia de un contrato de trabajo a término indefinido firmado el 4 de agosto de 2014 en donde la demandante es contratada para el cargo de gerente de negocios con una remuneración básica de \$4.500.000 mensuales; que a Folio 52 la parte demandante aporta un documento denominado otrosí al contrato de trabajo suscrito con la demandada, y en la cláusula primera se puede leer que a partir del primero de febrero de 2016 el empleador sí obliga a pagar al trabajador como retribución de sus servicios y en la modalidad de salario integral previsto en el artículo 18 de la ley 50 de 1990, equivalente a la suma de \$8.962.902, que en la cláusula tercera claramente se puede leer: el empleador en este acto paga la suma de \$1.202.263 por concepto de liquidación de prestaciones sociales causadas hasta el 30



de enero de 2016 sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 132 del código sustantivo del trabajo, que por ello es que estamos en presencia de un único contrato a término indefinido que mutó inicialmente, tenía un salario básico con una remuneración básica más prestaciones sociales, y posteriormente mutó en virtud de las facultades establecidas en el artículo 18 de la ley 50 de 1990, a un salario integral, por lo que automáticamente debe despacharse desfavorable la pretensión por el pago de la indemnización del artículo 64 del código sustantivo del trabajo para el contrato que dice del 4 de agosto de 2014 al 30 de enero de 2016, porque estamos hablando de un mismo contrato, que comenzó a regir el 4 de agosto de 2014 y se dio por terminado el 24 de enero del año 2018; tendremos que determinar ahora cuál es la causa de la finalización del contrato, sobre la carga de la prueba del despido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de julio de 1977 magistrado ponente Juan Hernández señaló que ha sido jurisprudencia constante de esa corporación que el despido del trabajador no se presume cuando fenece el vínculo laboral, sino que por parte de éste debe demostrarse él mismo, para que el patrono deba acreditar la justa causa que lo llevó a terminar el contrato a fin de no verse expuesto a indemnizar por haber roto ilegalmente el contrato; en los hechos de la demanda se indica que fue el empleadores que le dio por terminado el contrato de trabajo a su trabajador y que posteriormente la obligó a firmar un documento de mutuo acuerdo; que conforme al principio de la carga de la prueba debe verificarse cómo se dio por terminado el contrato de trabajo, que al revisar el expediente a Folio 85 del plenario, documento allegado por la demandada y denominado terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, entre la demandante y la representante legal de la demandada, hemos decidido de común acuerdo dar por terminado el contrato de trabajo a la finalización de la jornada de trabajo del 24 de enero de 2018, sin que exista responsabilidad para alguna de las partes, con las siguientes cláusulas, objeto, se hace la terminación de la relación laboral con las características que ha tenido hasta la fecha por mutuo acuerdo como lo establece el artículo 61 numeral primero literal B que dice: el contrato de trabajo se terminará por mutuo consentimiento debido al incumplimiento de la cuota de ventas comprometida durante los dos últimos años, segunda, efectos de la terminación, en ninguna circunstancia la terminación del anterior contrato de trabajo deja pendiente situación alguna liquidándose conforme la cuenta de liquidación que se entregará, se deja abierta la posibilidad entre las partes, de establecer con posterioridad una relación contractual con las siguientes características, más adelante, aparece la firma, y no aparece estipulación contractual alguna; por lo que es claro que, de la lectura del tenor literal del documento, que el contrato de trabajo se dio terminado por mutuo acuerdo entre las partes, por lo que le correspondía a la parte demandante probar en contrario, esto es, que el mutuo acuerdo que aparece plasmado en este documento, con su firma, correspondió a una coacción que le fue impuesta por el empleador, que le correspondía demostrar que este documento que aportó la misma parte actora se encuentra viciado de nulidad, existiendo un vicio en el consentimiento, sin embargo, al revisar las pruebas allegadas al plenario, y el dicho de los testigos Mauricio campo, Noemi Medina, del interrogatorio de la demandada, no existe prueba alguna que el consentimiento plasmado en ese documento se encontrará viciado de nulidad, no existe ninguna prueba que indique que la parte actora fue obligada a firmar o que fuera coaccionada, por lo que en este caso no hay lugar a la indemnización tarifada consagrada en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, como quiera que la demandante devengaba un salario superior a los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes al tener salario integral, que éste corresponde más el factor prestacional, la indemnización tarifada, en el evento que se hubiese probado que fue



obligada a firmar dicho documento y que su consentimiento se encontraba viciados de nulidad por error, por fuerza o por dolo, circunstancias que se reiteran no están acreditadas, correspondería a 57 días de salario, como quiera que le corresponderían teniendo en cuenta la remuneración y el contrato a término indefinido, 20 días de salario por el primer año y 15 días por cada año subsiguientes al primero, y la demandante laboró por 3 años 170 días, esto es, en el evento que le hubiese correspondido a la indemnización, correspondería a 57 días de salario, pero al revisarla documental a Folio 87 del plenario, que fue la misma que allegó la parte demandada, encontramos un concepto, indemnización, y le están pagando 57.13 días por concepto de indemnización, por lo que en gracia de discusión se aceptará que el consentimiento de la demandante estuvo viciado de nulidad y que efectivamente no se terminó el contrato por mutuo acuerdo, sí no por despido del empleador, las consecuencias serían el pago de la indemnización tarifada, que equivalen a 57 días de salario que aparecen reflejadas en la indemnización final, que no puede desconocerse que la jurisprudencia de la sala de casación laboral en reiterada jurisprudencia ha indicado que es válido que las partes por mutuo acuerdo quieran dar por finalizado el contrato de trabajo con la promesa de pago de una bonificación equivalente a la indemnización por despido sin justa causa, que sin embargo esta circunstancia de manera alguna inválida la terminación de las partes por mutuo acuerdo, por lo que en este caso deberá despacharse desfavorablemente la pretensión tendiente al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, nótese que esta pretensión está planteada en dos pretensiones contradictorias, porque la primera se pretende por pago por indemnización por la terminación del contrato de trabajo, de un primer contrato de trabajo, que finalizó el 30 enero de 2016, y en la segunda se pretende la indemnización por el segundo contrato de trabajo, que como ya se explicó no procede; procede ahora a analizar si tiene alguna validez jurídica, la cláusula cuarta del contrato sobre liquidación de comisiones, que indica que de conformidad con el cumplimiento de funciones o metas el trabajador tendrá derecho al pago de comisiones bajo las siguientes condiciones: a) comisión bimestral por gestión y resultados, esta comisión está ligada al cumplimiento de funciones y le corresponde a un porcentaje de 0,43% sobre el recaudo de facturación realizada por el trabajador con utilidad para el empleador definida en el documento de costeo el cual forma parte integral del presente contrato, esta comisión se pagará siempre y cuando el estado de pérdidas y ganancias pyg efectiva y real al finalizar la ejecución de cada proyecto, tenga una utilidad neta mínima definida en el anexo 1 para cada año en curso para Itelca S.A.S, que en caso que el proyecto no produzca utilidad, en el porcentaje indicado de pérdidas, no habrá lugar al pago de esta comisión y tampoco será tenido en cuenta al monto facturado por Itelca para el cumplimiento de la cuota expresado en el anexo 1, para el caso del proyecto no produzca utilidad, el documento pyg que arroja el sistema de información, y el documento donde conste el presupuesto anual de ventas, costos y gastos de Itelca correspondiente para el año efectivo, podrá ser consultado por el trabajador previa autorización escrita del empleador, para verificación de la utilidad neta establecida, el trabajador deberá guardar la confidencialidad sobre la información obtenida la cual es requerida por la naturaleza de reserva de la información empresarial, que el pago se hará sobre el recaudo de pagos efectivos recibidos por el empleador sobre sus proyectos de gestión comercial, para los clientes asignados en el anexo 1 para el bimestre inmediatamente anterior a su liquidación; comisión por exceder el cumplimiento de metas, Adicionalmente la comisión del inciso anterior, si hay lugar a ello, el trabajador tendrá derecho al pago de comisiones definidas para cada año de enero a diciembre en el anexo correspondiente y para el presente año en el anexo 1; lo primero que tenemos que determinar es que, el artículo 28 del código sustantivo del trabajo sobre utilidades



y pérdidas, es claro que el trabajador no puede asumir las pérdidas del empleador, sin embargo, en el caso que nos ocupa no estamos hablando que el trabajador asuma las pérdidas de su empleador, porque se encuentra probado que durante el término de vigencia recibió un salario básico que inicialmente fue de \$4500000, posteriormente se incrementó a \$4586400, a 5 millones de pesos, y a partir del primero de febrero de 2016 con salario integral, por lo que es claro que si recibió una remuneración básica muy superior al salario promedio de la gran mayoría de personas que laboran en este país, siendo a partir del primero de febrero de 2016 su remuneración superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes más factor prestacional, por lo que en principio, no puede desconocerse lo pactado por las partes en la cláusula cuarta, que la Corte Suprema de Justicia en un caso similar en la sentencia con radicado 29813 del 31 de julio de 2017 determino entre utilidades netas o brutas, que de manera alguna la corte dice que el pacto donde la comisión de un gerente de ventas este atado a las utilidades reportadas por la empresa, sea ineficaz, que es claro que la corte ya analizó un caso similar en donde para un gerente de ventas, la comisión estaba atada a las utilidades generadas en la empresa, que al revisar las pruebas documentales que no fueron tachadas de falsas o desconocidas como ciertas, se puede advertir que para el año 2014 conforme al estado de pérdidas y ganancias, la empresa generó una pérdida de \$583.010.296, esto conforme a folios 41 a 43, 83 a 87, anexo carpeta de contestación, contrato 06-2-10-119-14, del año 2015 no aparece estado de pérdidas y ganancias, para el año 2016 aparece un monto de \$26.002.770, siendo utilidad estimada del 10.83 utilidad alcanzada del 8.4, folios 26 a 28, 53 a 56, anexo carpeta de contestación, para el año 2017 aparecen unas pérdidas \$283.552.193 folios 44 y 46, 89 a 98 anexo carpeta de contestación, que al revisarla documental sobre los contratos de folios 22 a 24, 43 a 47, pacto de condiciones, posteriormente el contrato que aparece durante todo el tiempo de vigencia folios 22, 43 a 47, y al realizar la comisión por cumplimiento de metas, la primera que aparece es estipulada comisión pacta comisión bimestral por resultados 0.43% sobre el recaudo de facturación realizada por el trabajador como utilidad para el empleador definida en el documento costeo el cual forma parte integral del contrato, que al revisar el Folio 25, 49, 46, 87, 53, 101, 60, 115, es claro que a la demandante, la demanda no le adeuda comisión alguna, porque no se cumple con los requisitos establecidos en la cláusula cuarta del contrato de trabajo, no porque la demandante no haya participado en la gestión de los negocios, porque es claro que sí lo hizo, porque de esto da amplia cuenta Mauricio campo quien describe con lujo de detalles todos los procesos en los cuales ella participó, y cómo se puede inferir del testimonio de Noemí Medina, es claro que por estos negocios la empresa recaudo sumas de dinero, pero es que aquí no estamos hablando que se hayan realizado los negocios, ni que se hayan realizado recaudos por esos negocios, el eje central es que, conforme al estado de pérdidas y ganancias no se generaron utilidades durante cada 1 de los periodos por los que se reclaman utilidades, en el caso del año 2016 el monto de estas utilidades fue ínfimo por lo que no habría lugar al pago de la comisión estipulada, por lo que la pretensión tendiente al pago de la comisión de los años 2015 2016 2018 debe ser despachada desfavorablemente, se puede advertir conforme a la contestación de la demanda y conforme la demanda misma, que la demandante sí recibió un pago por parte de la demandada por la suma de \$23.340.000 en el año 2015, se dice en la contestación de la demanda, que ese pago fue un error, que a la demandante se le realizó un pago equivocado, sin embargo, nunca se le solicitó que hiciera la devolución de estas sumas de dinero, que la contestación del hecho 12 de la demanda, lo que es claro es que si le pagó esa suma de dinero, y que la misma corresponda a la mera liberalidad, o a la bondad del empleador, pues no es atendible, ni es admisible, dentro del ámbito del derecho



laboral, las sumas de dinero que percibe el trabajador, por regla general son salarios, en atención al bloque de constitucionalidad que integran nuestra legislación los convenios de la OIT, que la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha explicado el entendido que debe dársele a la cláusula de exclusión salarial, que las sumas que pague el empleador y que ingresen al peculio del trabajador, que no puedan catalogarse como prestaciones sociales o vacaciones, son salarios, por lo que esa suma que recibió la demandante, si era salario, y estos aparecen reflejados en el año 2015 a lo que debe advertirse que el contrato de trabajo de la demandante mutó a partir del primero de febrero del 2016, cambió la forma de remuneración, porque estábamos hablando de un primer contrato, de un salario básico, más prestaciones sociales a un segundo contrato en donde se habla de un salario integral, que por la naturaleza misma que tiene la definición de la ley 50 de 1990, el salario integral es una suma fija que comprenden un solo concepto el salario con una limitación de 13 salarios mínimos, que es en el momento en el que mutó el contrato en lo que tiene que ver con una remuneración, en el que surge el derecho de trabajador para que se liquide de manera definitiva las prestaciones sociales, y esto, para entrar a analizar la excepción de prescripción, que la corte ha dicho que el término prescriptivo de las cesantías solamente empieza a contarse en el momento de la terminación del contrato de trabajo, interpretación que corresponde a los trabajadores que no devengan salario integral, porque la norma cuando establece la posibilidad de mutar a salario integral claramente indica que al momento en que se mute debe liquidarse las prestaciones sociales, siendo claro que el derecho de la demandante para que se le cancelará la totalidad de cesantías intereses de la cesantías y prima de servicios, comenzó el primero de febrero del año 2016, esto es, este día comienza a contarse el término prescriptivo trienal, para liquidarse esas prestaciones sociales, la demanda pues radicada el 19 de diciembre del año 2019, esto es, ya había transcurrido el término prescriptivo trienal, y al revisar los derechos de petición que radica la demandante ante la demanda, de manera alguna solicita que se le paguen las sumas adeudadas, por concepto de cesantías intereses a la cesantías o prima de servicios y vacaciones por el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2014 al 30 de enero 2016, porque se repite, a partir del primero de febrero el año 2016 su contrato mutó, que si bien esos \$23340000 si son salarios, el derecho que tenía la demandante para que fueran incluidas en su reliquidación de prestaciones sociales, comenzó el primero de febrero de 2016, y prescribió el día 31 de enero del año 2019, por lo que no puede condenarse a la parte demandada

a re liquidar las cesantías intereses de las cesantías y prima de servicios de este primer periodo antes que mutara el contrato; no ocurre lo mismo con las vacaciones, porque para el disfrute de las vacaciones la norma establece que el trabajador dispone del año siguiente, por lo que es claro que si se adiciona el año que tenía para su disfrute el fenómeno prescriptivo regiría para el caso de las vacaciones a partir del día 31 de enero del año 2017 y estaría vencido para el día 31 de enero del año 2020, por lo que si, hay lugar a que se re liquiden las vacaciones; que si tomamos los 23340000 y los dividimos en 12, le aplicamos la fórmula para liquidar cesantías la diferencia sería de \$972500 suma que deberá cancelar la demandada a la demandante por concepto de la reliquidación de las vacaciones del año 2015; en cuanto a la condena de la indemnización del artículo 65 el código sustantivo del trabajo es claro que a la demandante se le adeuda \$972500, sin embargo esa norma establece que el empleador deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, connotación que no tienen las vacaciones, por lo que deberá absolverse a la parte demandada de dicha sanción; se solicita también la reliquidación del pago de aportes al sistema de Seguridad Social integral, que conforme al artículo 48 de la Constitución Política que consagra el derecho a la Seguridad Social y artículo



53, que consagra los principios rectores de la Seguridad Social y el derecho laboral, el derecho al reconocimiento pensional es imprescriptible, así también, el pago de aportes al sistema de Seguridad Social, por lo que en este caso, la parte demandada debe ser condenada al pago de los aportes al sistema de seguridad integral por un monto único, proporcional en lo que le corresponda, sobre un ingreso base de liquidación por \$23340000, pago único, suma de dinero, suma que debe ser cancelada al fondo de cesantías Colfondos que es el que aparece indicado en la pretensión octava de la demanda. Costas a cargo de la demandada en proporción de medio SMLMV.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE:

“Interpongo recurso de apelación, varias situaciones cambiarían el curso de la sentencia que no fueron tenidas en cuenta el testimonio de Noemí Medina, ella misma manifestó que no conocía el pyg de los proyectos, luego cómo podría aplicar la fórmula del 0.43% de comisión sobre utilidades del proyecto?, la terminación del contrato según el dicho fue pactada entre el jefe de mi cliente y la representante legal de Itelca, mi cliente simplemente fue notificada de la terminación y no del mutuo acuerdo como quedó en el documento, aparte de esto tenemos una situación importante, que cambiaría el curso de la sentencia, y no fue tenido en cuenta del interrogatorio de parte a la representante legal de la demandada; primero, que mi cliente si le solicitó el pago de las comisiones pero ella siempre aducía que esperará hasta el final de cada año, luego ella tenía conocimiento, que en efecto, se le adeudaban las mismas por cada 1 de los años en las que ella participó en esta empresa; en segundo lugar, que la representante legal, según ella, Itelca si facturó más de 35000 millones para el año 2015, para efectos del pago de los bonos a los que tenía derecho mi cliente pero que nunca le fueron pagados, en tercer lugar, según la representante legal ella no tuvo ningún contacto con mi cliente el día de la terminación del contrato de trabajo el 24 de enero de 2018, luego nunca existió el denominado mutuo acuerdo, para la terminación del contrato; también ha quedado claro, que de la contestación de la demanda se evidenció las contradicciones dadas por el apoderado a los hechos y de las respuestas dadas por los testigos y la representante legal de Itelca, por ejemplo, se contradijo en lo que denominó comisiones y prestaciones sociales porque no hubo utilidad para Itelca, que el error en el pago de la comisión de 23 millones 350000 pesos fue un pago que hizo Itelca como si fuera un pago que se hizo como si se tratara de un pago por indemnización por terminación sin justa causa, se contradijo además en su dicho en los alegatos cuando adujo que ya se le había pagado todo a la demandante con la liquidación, que el bono antes mencionado era una compensación, No obstante, el contrato terminó sin justa causa y luego dice que fue por mutuo acuerdo, contrario a todo lo fallado, con todo respeto y teniendo en cuenta todo lo anterior, como prueba suficiente, donde se denotan las contradicciones entre la contestación de la demanda, el testimonio de Noemí Medina, el interrogatorio de parte de la representante legal y de los alegatos de conclusión del apoderado, podemos concluir que no existe duda alguna sobre la mala fe de la demandada sobre todos los actos aquí demandados que no fueron reconocidos para la indemnización del artículo 65 del código sustantivo del trabajo; que mi cliente sí tenía derecho al pago de sus comisiones y bonificaciones por



todos los proyectos aquí demandados y que el pacto de utilidad del contrato de trabajo es y siempre fue ilegal, con esto terminó.

PARTE DEMANDADA:

“Me permito presentar recurso de apelación en lo que fue desfavorable en las condenas impuestas a la demandada, no hay contradicción con las motivaciones de la sentencia en cuanto a que existió un solo contrato de trabajo, la interpretación es la correcta; sin embargo, omitió la juez al detallar la liquidación que existía en el momento en que se cambia o muta la forma de salario pactado entre las partes, la primera, que era sobre un salario básico y luego muta a un salario integral, en ese momento, previo a reconocerse un salario integral, se realiza la liquidación de prestaciones sociales y de salarios de la demandante, en esa liquidación se incluyó la suma de los \$23.340.000 como factor salarial para liquidar esos salarios y prestaciones sociales, cuando se hace la liquidación, cuando muta el contrato, en esa liquidación se toma como salario ese bono o comisión que se pagó en aquella oportunidad, por lo tanto, al haberse liquidado teniendo como factor salarial el bono o la comisión de los \$23.340.000 correspondiente al año 2015 se acepta como tal, se liquidan las prestaciones sociales y salarios de esa forma salarial previo a que se configurará el pago del salario integral honrándose de esa manera la totalidad de los derechos que correspondían a la demandante, omitió el juzgado por falta de apreciación del documento de liquidación por lo denso de la documental revisar el contenido del acto de liquidación del salario de prestaciones sociales del salario ordinario en aquella oportunidad antes del primero de febrero de 2016, y si lo hubiera el juzgado habría encontrado que la suma por \$23.340.000 se tuvo como factor salarial cómo era, eso no se desconoce, y que se toma como fuente para haber liquidado esos derechos en aquella oportunidad; en ese sentido, no habría razón para entrar a re liquidar conceptos por vacaciones como lo hiciera el juzgado en su sentencia, pues aquellas fueron liquidadas en aquel momento, tiempo atrás, y no debe trasladarse esa suma para ser posteriormente liquidada dentro de la forma pactada en el contrato de trabajo para la remuneración de salario integral, igual correría el aporte por única vez que se ordena consignar al fondo de pensiones pues no corresponde realizarlos para ese periodo de tiempo ¿? (distorsión de audio)... además que fueron en aquella oportunidad cuando se cambió y mutó el contrato de salario ordinario a la modalidad de salario integral, en ese sentido le solicitó al honorable Tribunal de Bogotá para que se sirva revocar la decisión frente a las condenas impuestas por el pago de vacaciones y el pago de aportes pensionales por las razones antes expuestas y revocar la sentencia y confirmar la sentencia en lo demás. En segundo lugar, si bien se concede el recurso de apelación de la parte demandante, el apelante no determina el recurso de apelación en lo que debe hacer el Tribunal y por lo tanto el Tribunal perdería la capacidad para motivar en qué sentido fue que el apelante interpone el recurso de alzada, solamente se basa en unas motivaciones pero no da alcance a su recurso de apelación, razón por la cual el Tribunal deberá inhibirse de resolver el recurso de la parte demandante, en ese sentido dejó sustentado el recurso de apelación, gracias.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de cada una de las dos partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta los siguientes puntos de inconformidad:

Por parte de la demandante, en síntesis, insiste en que se condene a la demandada al pago de los bonos o comisiones por utilidades sobre los proyectos en los que participó a favor de la encartada y a los que dice tener derecho la demandante, teniendo en cuenta el testimonio de la señora Nohemí Medina y lo manifestado por la Representante Legal de la empresa, específicamente en que Itelca si facturó más de 35000 millones para el año 2015; que la terminación del contrato de trabajo no fue por mutuo acuerdo, por lo que habría lugar a la indemnización por despido sin justa causa; que la demandada actuó de mala fe, y hay lugar al reconocimiento de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST; y que el pacto de utilidades del contrato de trabajo siempre fue ilegal.

Por parte de la demandada, el apoderado se opone al reconocimiento de la condena por la reliquidación de vacaciones para el año 2015 y sobre el valor que se determinó para realizar los aportes pensionales, al manifestar que el juzgado no precisó que la suma de los \$23.340.000 sirvieron como factor salarial y que obedecen a un bono o comisión pagada a la actora, y para liquidar el contrato de trabajo anterior al 1 de febrero de 2016, anterior, a mutar a salario integral, por lo que no hay lugar para reliquidar el contrato, pues ya fueron liquidados en ese momento. También Solicita que el tribunal



se declare inhabilitado para conocer del recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora, al indicar que el mismo carece de “alcance” para indicarle a la segunda instancia “lo que debe hacer”.

En primer lugar, no hay discusión sobre la declaración del contrato de trabajo en la temporalidad en que quedó, al considerar un solo vínculo laboral entre el 4 de agosto de 2014 y hasta el 24 de enero de 2018.

En cuanto al recurso elevado por el apoderado de la demandante en punto a revisar los testimonios rendidos por la señora Nohemí Medina y lo manifestado por la representante legal de la demandada, entiende la Sala que tal solicitud al Tribunal se hace con la intención que se precise sobre la viabilidad en el reconocimiento y pago de las pretendidas comisiones y/o bonos de los que dice tener derecho la actora.

De lo anterior, cabe recordar que, en virtud del artículo 61 del CPT y de la SS, el juez no está sujeto a una tarifa legal de pruebas, y, por lo tanto, puede formar libremente su convencimiento, es decir, que no solamente de las declaraciones de los terceros y de las partes depende la valoración probatoria; dicho esto, en el presente caso, no solamente del testimonio de la señora Nohemí Medina, puede inferirse que, en efecto, la demandante si participó en su calidad de Gerente de Negocios, dentro de la ejecución de los diferentes contratos que se informaron en el proceso, sino también, del testimonio del señor Mauricio Campo, manifestaciones que de modo alguno se oponen a la gestión de la trabajadora al interior de la organización.

No obstante, de las anteriores pruebas recaudadas no se extrae con certeza las circunstancias particulares que rodearon la procedencia y causación de



las bonificaciones y comisiones reclamadas, y menos, en los montos solicitados, además que, declaraciones en tal sentido no podrían ser suficientes para acreditar el derecho de la demandante sobre aquellas, toda vez que, al depender su liquidación de ejercicios financieros dirigidos a establecer estados de pérdidas y ganancias, así como también, de utilidades, tales afirmaciones por obvias razones tendrían que soportarse en la prueba documental en tal sentido, al menos, para conocer las sumas a reconocer.

En este punto, en alcance del escrito de alegaciones allegado por la parte actora, y en contraste con lo afirmado en el recurso, llama la atención que, el apoderado intenta encontrar fundamento en la procedencia de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de las comisiones o bonos en la prueba testimonial, y específicamente del dicho de la señora Nohemí Medina, resaltando que si ésta indicó que no conocía el estado de pérdidas y ganancias, cómo podría entonces aplicar la proporción del 0.43% sobre las utilidades, olvidando el apoderado, primero, que esa declaración no puede provocar una confesión, ya que, proviene de un tercero, y segundo, la carga de la prueba corresponde a la parte interesada, que por cierto, en la demanda brilla por su ausencia los cálculos en los que puedan sustentarse las pretensiones, es decir, el petitum se limita de manera general, a la solicitud de tales prebendas, sin que sean concretas las peticiones y deja a la deriva lo que surja del debate probatorio.

En contraste con lo anterior, el abogado de la demandante con ocasión del recurso, afirma que lo mencionado por la representante legal, en punto que la empresa si facturó más de 35000 millones de pesos, no permite sino reafirmar lo antes concluido por la Sala, pues deja entrever el desconocimiento sobre el estado real de las utilidades de la parte actora al



momento de construir su demanda, situación que de otra manera le hubiese permitido llegar al proceso basado en hechos puntuales y verificables, lo cual en efecto no ocurrió, toda vez que, se reitera, era a la parte actora la que le correspondía mostrarle al juez las razones por las cuales la promotora tenía derecho a los conceptos reclamados, que ante su omisión no puede pretender construir el acervo probatorio simplemente con testimonios e interrogatorios de parte, los que tienen como finalidad entre otras, contribuir a probar los supuestos fácticos del escrito inicial, de todas maneras ello no sucedió.

Con todo, es pertinente contextualizar la decisión con las condiciones pactadas por las partes en la causación de bonificaciones y/o comisiones a favor del demandante en su condición de Gerente de Negocios de la demandada; es así que, para cada uno de los años transcurridos en vigencia de la relación de trabajo, se acompañó de anexos referidos a las metas de facturación, por ejemplo, para el año, 2014 se fijó en 1.250 millones de pesos, año 2015 en 4.500 millones de pesos, para el año 2016 en 8.500 millones de pesos, y para el año 2017 en 9.400 millones de pesos, tales sumas sobre las condiciones que pasan, en síntesis, a explicarse:

El contrato de trabajo que perduró hasta el 31 de enero de 2016 con la modalidad de salario ordinario, ya que, se recuerda que, a partir del 1 de febrero de igual anualidad, se pactó salario integral, en su cláusula cuarta, se acordó, en lo que interesa a la decisión, lo siguiente:

“...a) comisión bimestral por gestión y resultados: esta comisión está ligada al cumplimiento de sus funciones y le corresponderá un porcentaje de 0.43% sobre el recaudo de facturación realizado por el trabajador con utilidad para el empleador definida en el documento de costeo el cual forma parte integral del presente contrato. Esta comisión se pagará siempre y cuando el estado de



pérdidas y ganancias, efectivo y real al finalizar la ejecución de cada proyecto tenga una utilidad neta mínima definida en el anexo 1 para cada año en curso para ITELCA S.A.S., en caso de que el proyecto no produzca utilidad en el porcentaje indicado, o dé pérdida, no habrá lugar al pago de esta comisión, ni tampoco, será tenido en cuenta el monto facturado por ITELCA S.A.S., para el cumplimiento de la cuota expresada en el anexo 1. ...” (Subraya el Tribunal)

De la cláusula cuarta del contrato de trabajo, se precisa que la claridad en punto que, la generación de las comisiones en proporción del 0.43% dependían que el estado de pérdidas y ganancias final de cada proyecto o contrato, arrojara una utilidad neta mínima definida en el anexo 1 para cada uno de los años, conceptos que en el proceso no se logran reflejar en las proporciones pactadas, y contrario a lo que afirmar el recurrente, y en adherencia del citado acuerdo, la causación de las comisiones no dependían del valor de la facturación de la empresa, sino del resultado de utilidades.

Al respecto, no logra probarse las utilidades en las proporciones definidas para cada año al interior de cada uno de los anexos para las sumas ya referidas para cada anualidad, y contrario a ello, si se revisa el proceso, (carpetas allegadas con la contestación) se advierte la siguiente situación, que no deja entrever utilidades, por lo menos, en la proporción necesaria en el caso de la demandante, para tener derecho a las comisiones:

En la carpeta N°5, folios 44 a 45 del contrato estatal UT DIRAF SEGURA 2017, se registra en el estado de pérdidas y ganancias entre el 1 de enero de 2017 al 29 de enero de 2020, utilidad después de impuestos sobre la renta de \$149.447.855,9.

En la carpeta N°4 del contrato estatal PN-DIRAF-06-7-10116-16, se registra en el estado de pérdidas y ganancias entre el 1 de enero de 2016 al 31 de



diciembre de 2020, utilidad después de impuestos sobre la renta de \$96.232.522,6.

Y, en la carpeta N°2 del contrato estatal PN-DIRAF-06-2-10119-14 se registra en el estado de pérdidas y ganancias entre el 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2020, utilidad después de impuestos sobre la renta de \$277.713.770.

En consecuencia, por lo menos de los ejercicios financieros antes referidos, no es posible concluir que la demandante tuvo derecho al pago de las comisiones en las condiciones pactadas en el contrato inicial de trabajo, y conforme las condiciones fijadas al interior de cada uno de los anexos 1 para cada anualidad.

Por otro lado, en lo que respecta a la terminación del contrato sin justa causa en la que insiste el apoderado de la demandante, basta con la lectura de documento que obra a folio 85 del proceso denominado *terminación del contrato de trabajo pro mutuo acuerdo*, para coincidir con lo considerado con la juez de instancia, en el sentido que, la conclusión a la que se arriba no es otra que la finalización de la relación laboral fue de mutuo acuerdo o consentimiento, tal como lo permite el artículo 61 del CST, documento del que por parte del recurrente se menciona que no fue de conocimiento de la demandante, afirmación que no es cierta, comoquiera que, aparece afirmado por ésta, acto de aceptación que no fue objeto de tacha de falsedad al interior del proceso, por ende, el recurso tampoco prospera en este punto.

Por último, y adelantando la improsperidad del reproche en lo que refiere a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, el apelante justifica su



procedencia en la conducta de mala fe de la ex empleadora, frente a lo cual debe indicarse, que si bien, la imposición de ésta depende de tal circunstancia, no es menos cierto que, ello es así, siempre y cuando hayan prestaciones y salarios debidas o insolutas al término del contrato de trabajo, lo cual en el caso no quedó establecido, por consiguiente, no hay lugar a imponer dicha condena, aun en el evento que haya sido ampliamente discutido el actuar de la demandada en ese sentido.

En lo que importa al recurso de la parte demandada, se recuerda que el mismo se centra en desvirtuar únicamente las condenas de los numerales segundo y tercero de la sentencia, referidas al pago de la suma de \$972.500 por concepto de la reliquidación del concepto de vacaciones para el año 2015 y pago de aportes ante la AFP Colfondos S.A., teniendo como base de liquidación la suma de \$23.340.000.

Al respecto, la Sala encuentra razón en los fines del recurso más no en los argumentos utilizados para tal fin, puesto que, conforme lo manifestado por el apoderado de la parte actora, es evidente la contradicción en los argumentos que constantemente ha esbozado el abogado de la empresa demandada, tanto en las oportunidades de alegaciones en primera y segunda instancia, y entre lo anotado en la demanda con lo ahora afirmado en el recurso.

Y ello es así, porque, por ejemplo, no corresponde a la realidad de la liquidación del contrato de trabajo visible a folio 20 de la carpeta 1 allegada por ese extremo procesal, toda vez que, sabido es al interior del presente proceso, que el contrato de trabajo, por acuerdo de las partes a partir del 1 de febrero de 2016 mutó a uno de naturaleza integral, siendo pertinente



como en efecto ocurrió, que la relación laboral ordinaria se liquidara como aconteció; teniendo en cuenta esto, llama la atención que tanto el juzgado como el apoderado de la parte demandada, afirman que al interior de esa liquidación le fue reconocida la suma de \$23.340.000, cuando de su lectura no se precisa esa situación.

Aunado a lo anterior, el apoderado manifiesta que le fue pagada esa suma a la demandante, siendo que en el proceso no hay constancia de ello, y el a quo concluyó que para el año 2015 la base salarial debía corresponder al tomar dicha cantidad al dividirla en 12, operación que, dicho sea de paso, le permitió definir el valor del concepto de vacaciones para esa anualidad en \$972.500.

Téngase en cuenta que la decisión en ese sentido partió de la respuesta al hecho 12 de la demanda, que para efectos del recurso es pertinente citarlos:

Hecho 12: “Para el cierre del año 2015, la demandante solo recibió el pago de la bonificación pactada en el anexo 1 del contrato de trabajo “cuando los negocios presentan utilidad por una facturación superior a los \$6.500.000.000, adicionales a la gestión del periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015”

Respuesta, hecho 12: “No es cierto como se propone. A pesar de que el negocio gestionado en el año 2015 no reportó utilidad y por tanto no tener (sic) derecho al pago de comisión o bono alguno, la empresa por error si se quiere, le reconoció un pago de \$23.340.000 que estaba previsto como bono en el anexo 1 para el año 2015”.



Con lo antes citado, en principio, le asiste razón al apoderado de la parte demandada al afirmar que el juzgado no tuvo en cuenta que ese pago fue para el momento en que se encontraba vigente el contrato de trabajo con demandante con una remuneración ordinaria, es decir, antes del 1 del febrero de 2016, y en esa medida, al haberse liquidado el contrato para dar paso a uno de carácter integral, no era posible entonces, que esa suma de \$23.340.000 fuera subsumida en la situación prestacional a partir de la mencionada fecha, y menos, con efectos a la terminación final y definitiva de la relación laboral en el año 2018.

Ahora, que de la liquidación del contrato de trabajo con anterioridad al 1 de febrero de 2016 (fl.20 carpeta 1), se precisa con claridad que el valor del salario a tener en cuenta, correspondió en efecto al que se determinó en el aumento para ese año, es decir, \$5.000.000; que se tuvo en cuenta como base de liquidación la suma de \$6.945.000, valor que incluyó el promedio de comisiones en \$1.945.000, para determinar el pago neto en cuantía de \$1.163.288, es decir, que independientemente si se pagó o no a favor de la demandante los \$23.340.000, lo cierto es que, dicha suma es extraña a la precitada liquidación.

En tal circunstancia, no resulta acertado tener como base salarial para el año 2015 el presunto pago de \$23.340.000 a favor de la demandante, y menos, como lo hizo la juez al precisar que el valor correspondiente a la doceava parte era el ingreso mensual, por lo que, igual suerte corre lo decidido por vacaciones para el año 2015, y el ingreso base de cotización para los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, que por cierto, la sentencia adolece en precisar los periodos sobre los que debían hacerse los ajustes.



Aunado a lo anterior, no es válido el argumento de instancia, en punto, a que, todo lo que percibe el trabajador como contraprestación el trabajador se constituye salario, sin tan siquiera, haber hecho el análisis conforme los artículos 127 y 128 del CST, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el pago del bono en la suma de \$23.340.000.

Ahora que, no aparece clara la correspondencia entre lo manifestado en el hecho 12 de la demanda y su respuesta, pues téngase en cuenta que en el escrito introductor nada se dice de aquella suma, y simplemente se limita a mencionar, que recibió el pago de la bonificación pactada en el anexo 1 en el año 2015, que si se regresa a la liquidación final del año 2015 en efecto si aparece un pago por el promedio de comisiones por \$1.945.000, pero no por \$23.340.000, y aun en gracia de discusión, a folio 23 de la carpeta 1 obra comprobante de la transacción bancaria del pago del valor de esa liquidación en \$1.163.288.

Y aun en gracia de discusión, lo que se observa del contenido del anexo 1 del contrato de trabajo para el año 2015, es que, si se cumplía del 1 de enero al 31 de diciembre con la facturación en \$6.500.000.000, con utilidades, se daría un bono por \$23.340.000, por lo cual, lo que aparece confuso es que eventualmente haya mediado ese pago, si precisamente la demandada ha dejado claro y se opuso a la inexistencia de utilidades en las proporciones anotados en dicho anexo, y menos cuando no hay constancia que se haya hecho ese pago, puesto que no hay que olvidar, que el a quo para arribar a tal conclusión partió simplemente de la respuesta al hecho 12, que no solo es confusa respecto del hecho 12, sino con los argumentos del recurso.



Por consiguiente, se reitera, que independientemente si medio el pago o no a favor de la actora por \$23.340.000, lo cierto es que, resulta desacertada la decisión de primera instancia en el sentido de tener tal cifra como el valor del salario real percibido para de allí liquidar el concepto de vacaciones para el año 2015, y menos en la forma, como determinó los \$972.500, como si la primera de las cifras dividida en 12 se hubiere percibido para cada mes del año 2015, por ende, si se acogiera la tesis del juzgado, ello significaría que la trabajadora para esa anualidad recibió un único pago salarial por \$23.340.000, y además que su ingreso dependía de la causación de las bonificaciones, situaciones que no ocurrieron ni quedaron acreditadas así.

Con todo, se revocarán los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia, y en su lugar se absolverá a la demandada de las pretensiones de la demanda.

Por último, frente a la solicitud del apoderado de la demandada para que se desestime el recurso de apelación de la parte actora, considera la Sala que el mismo si fue sustentado y concedido en debida forma, tanto, que ésta Corporación entendió cada una de los puntos que hicieron parte de aquel, y pudo ser resuelto.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia recurrida, y en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones de la demanda, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EN USO DE PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30-2015-546-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SALUDCOOP EPS S.A.

DEMANDADO: ADRES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de ADRES al Dr. DIEGO MAURICIO PÉREZ LIZCANO identificado como aparece al pie de su firma, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido por la demandada en mención.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), fecha señalada por auto anterior para llevar a cabo audiencia, el Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la EPS demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 13 de mayo de 2019 proferido por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la demandada ADRES.

ANTECEDENTES

SALUDCOOP EPS S.A., actuando a través de apoderado judicial, solicita que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, y/o las fiduciarias que integran la UT Nuevo Fosyga y Consorcio Sayp 2011, han dejado de pagar a su favor las solicitudes de recobro presentadas con corte a 30 de noviembre de 2014 y rechazadas con motivo único de glosa, solicita se declare que las entidades en mención son responsables por los perjuicios causados por el no pago de dichas solicitudes de recobro; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a las demandadas reparar el daño sufrido, sufragando dichos recobros, cuyo valor asciende a la suma de \$8.806.477.754, junto con intereses moratorios o en su lugar indexación de dicha suma. (fls. 171 cuaderno 1)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis, que la CRES definió los principios para las exclusiones y a partir del Acuerdo 029 de 2011, las demandadas realizando interpretaciones erróneas han optado por glosar miles de recobros argumentando que lo suministrado por la EPS, se encuentran dentro del POS, como es el caso de las terapias ABA y mallas de polipropileno, reparo endovascular de aneurisma de aorta con colocación de válvula aórtica o stent, uterelotomía endoscópica láser, entre otros que no se encuentran de manera expresa en el acuerdo en mención pero sí en el CUPS; señala la Eps demandante que dentro de los recobros reclamados, se encuentran los generados por insumos no POS que son utilizados en procedimiento POS, incluidos en el POS, para rechazar su pago.

Indica que la glosa impuesta de manera persistente según la cual las tecnologías y procedimientos recobrados se encuentran en el POS, ha causado un grave perjuicio, en tanto se vio obligada a suministrar tales tecnologías por virtud de CTC o sentencias proferidas en sede de tutela, no pudiendo acceder al reconocimiento de los mismos, lo que le generó un desequilibrio financiero de \$8.806.477.754, procediendo de igual forma, el pago de intereses moratorios a su favor. (fls.173 a 178 cuaderno 1)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó aceptar los contenidos en numerales 1 a 3, 6 y 7, manifestó no constarle el No. 19 y negó los demás. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, indebida escogencia de la acción y culpa exclusiva de la Eps recobrante. (fl.253, cuaderno 1)

El **CONSORCIO SAYP 2011**, de igual forma se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 a 8, negó los No. 10, 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación indemnizatoria – ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del Estado y enriquecimiento sin causa, el Consorcio Sayp 2011, no reemplaza ni responde solidariamente con otros administradores, imposibilidad jurídica, inexistencia del daño antijurídico, prescripción y falta de jurisdicción y competencia. (fl.378, cuaderno 1)

Las **UNIONES TEMPORALES FOSYGA 2017 y NUEVO FOSYGA**, contestaron la acción, oponiéndose a las pretensiones, aceptando los hechos contenidos en numerales 3, 16 y negó los demás. Propuso las excepciones que denominó pago por el Fosyga de algunos de los valores reclamados a través de la UPC, cumplimiento estricto de obligaciones de orden legal y contractual, inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la UT Nuevo Fosyga y Fosyga 2014, no configuración del daño antijurídico, inexistencia de la obligación, culpa exclusiva de la Eps demandante, improcedencia de intereses de mora y prescripción (fl. 512, cuaderno 3)

En providencia del 24 de agosto de 2017 (fl. 503), se aceptó la sucesión procesal de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, entidad con la que se continuó el trámite procesal en lugar del Ministerio accionado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, luego de ordenar la desvinculación del trámite procesal de las demandadas Consorcio Sayp 2011 y las UT Fosyga, resolvió

ABSOLVER a la ADRES de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la EPS demandante (fl. 915 cuaderno 5).

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez de primer grado:

Dentro del sistema general de seguridad social que fue creado en este caso en salud, que fue creado mediante la Ley 100 de 1993, en la actualidad aparecen 3 regímenes para tener acceso a la prestación del servicio de salud, el primero es el llamado contributivo, en donde los recursos provienen de los aportes de los empleados y de los empleadores; el segundo, el régimen subsidiado, en donde los recursos son recibidos del estado y manejados por las administradoras del régimen subsidiado, y tercero, el que atañe a los vinculados, aquel al que hacen partes aquellas personas no afiliados a los dos primeros sistemas, pero en razón a que el cumplimiento en materia de salud es amplio, debe ser beneficiaria toda la población y en este caso se dice que es transitoria hasta cuando el estado cumpla con su obligación de vincularlos a los dos sistemas principales. La ley 100 de 1993, el Decreto 042 de 2000, la Ley 715 de 2001, el Decreto 3260 de 2004, la Ley 1122 de 2007, los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2001, pues reglamentan el procedimiento para la radicación, operaciones y pago de las facturas, por ese incumplimiento de las normas y ante la solicitud que es objeto de esta demanda, la entidad demandante presentó para su pago ante el Fosyga, por concepto de unos servicios prestados que a su juicio no hacen parte del plan obligatorio de salud, servicios que fueron brindados a sus afiliados y que considera que vencidos los términos legales para la presentación de glosas u objeciones a las relacionadas por el cobro de facturas que están siendo mencionadas en la demanda, el Fosyga, hoy la Nación Ministerio de Salud, representado por el Adres, pues hizo la correspondiente o manifestó la correspondiente inconformidad, no en cuanto al valor sino a lo que tiene que ver con la pertinencia, por cuanto fueron glosados por considerar que los recobros están incluidos en el POS y a la fecha no se han subsanado esas glosas, conforme a lo dispuesto en los decretos 3260 de 2004, 4747 de 2007, la ley 1122 de 2007 y la ley 1438 de 2011.

Así mismo, desde ahora debo precisar que la parte demandante tampoco niega la existencia del recibido de los mencionados recobros. La parte demandada acepta una serie de recobros señalados en los cuadros Excel y que fueron acompañados en un cd por la EPS Saludcoop, y que comprende la totalidad de los usuarios a los que se le prestaron los servicios de salud, como tampoco hay discusión a que son afiliados, en este caso de la eps Saludcoop, sin embargo, en términos generales, la inconformidad radica en que los servicios prestados están dentro del plan obligatorio de salud; ya, dejando esto en concreto, podemos entonces decir que no se discute el hecho de que la entidad demandante la Eps Saludcoop le prestó la atención en salud a sus afiliados que fueron entonces glosados porque según demandada están incluidos en el plan obligatorio de salud, para la época de la prestación del servicio y como consecuencia de providencias judiciales, conforme también a unas evidencias que pude encontrar y que obran en el cd visto a folio 906 del expediente, este fue actualizado con las facturas pendientes de pago además de la descripción de la radicación de las glosas detalladas por ítem de los cuales se establece que la eps saludcoop le brindó los servicios correspondientes. Entonces, la prestación del servicio se encuentra probada, sin embargo en la demanda se reclama que el motivo de la glosa es una sola por estar cubiertas por el plan obligatorio de salud, sin embargo, en su defensa la parte demandada amplía sus argumentos a otros aspectos como al indicar que existen varios ítem en cada recobro que no solamente son por estar reconocidos en el plan obligatorio de salud, sino que obedecen a otros hechos que no han sido subsanados. Comoquiera que existe discusión en el recobro de las facturas, vamos a ser el estudio de la norma que regula el procedimiento a seguir en caso de que no se cancele oportunamente el costo derivado del servicio de salud, es así que el Decreto 3260 de 2004, en su artículo 90 faculta a las partes para acudir a los mecanismos contractuales o legales previstos para la definición de las controversias contractuales surgidas entre ellas, el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 67 de la ley 715 de 2001 señala que la atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas independientemente de la capacidad de pago su prestación no requiere contrato ni orden

previa, el costo de estos servicios será pagado por el fondo de solidaridad y garantía o por la entidad promotora de salud a la cual el afiliado se encuentre en otro evento.

En caso bajo estudio, la única prueba obrante en el plenario que fue allegada por la parte demandante es la relación de los recobros en un cd, con la actualización de los recobros adeudados visto a folio 906, donde aparece una relación en Excel de los recobros que quedaron pendientes de pago luego de los desistimientos aceptados. Es de resaltar que en dicho cd, si bien se discrimina una radicación de cada recobro, el valor y la sigla de las glosas por ítem, de allí no podemos colegir que es lo que realmente se reclama, mas sin embargo, revisada la contestación de la demanda por medio del Ministerio de Salud, más exactamente todo aquello que se encuentra a folio 262 a 354, allí se hace una relación de unos recobros indicando número de radicación, nombre de la entidad, descripción de la glosa y observaciones frente al examen o procedimiento prestado, no obstante, esta información comprende un total de 3799 glosas que difiere frente al número de recobros que quedaron pendientes de pago luego de la aceptación de los desistimientos relacionados en el cd visto a folio 906. Así mismo, se debe dejar claro que no se aportaron las facturas en físico, con el fin de corroborar el número de las facturas, el valor o saldo que presentan, el monto a la presentación de la demanda, los recibos de cada correspondiente, la fecha de recibo de caja, el valor recibido de caja, el saldo por pagar, se hace necesario también identificar con absoluta claridad el servicio prestado y reflejado para verificar cual fue el procedimiento o medicamento que fue ordenado o bien por una acción constitucional de tutela o bien por el comité técnico científico. Por esa razón es muy difícil entrar a hacer un ejercicio pleno de lo que realmente aconteció. Respecto a la situación, si bien es cierto no hay controversia frente a la aceptación por parte de la demandada de la reclamación de dichos recobros objeto de la prestación de los servicios en salud, no menos cierto es que se debió aportar los documentos necesarios para determinar las órdenes impartidas en los fallos de tutela o las autorizaciones del Comité Técnico Científico para contrastarlas con los cuadros que de validación actualizados y aportados en el cd, que inicialmente se presentó en un cd que encuentro a folio 158, pero que posteriormente se actualizó, tal como se puede apreciar a folio 906 del expediente. Por eso, el debate se genera en lo que tiene que ver si fueron o no debidamente glosadas o glosados, para verificar si en virtud de ello hay lugar al pago a favor de la entidad demandante. Mas allá de lo manifestado en la respectivas contestaciones de la demanda y entregadas por quienes la representaban al Ministerio de salud demandado, hoy sucedido por el Adres, lo cierto es que la información que reposa dentro del cd obrante a folio 158 que se acompaña con la demanda inicial, pues encuentro que esa información no es muy precaria y deviene huérfana de otros aspectos probatorios que sean contundentes para establecer si estuvo bien o si estuvo debidamente glosada o no. Ahora, conforme a la certificación expedida por el consorcio Sayp 2011, visto a folio 367, se colige del universo de los recobros presentados de 344 hay unas glosas combinadas y 115 no presentan glosas ni observaciones y 3117 son otras glosas únicas, así para título de ejemplo: 1-05 no se adjunta copia del fallo de tutela, una glosa; 1101, la tecnología en salud no pos es consecuencia de un accidente de tránsito, una glosa; 1802, la solicitud se presenta en forma extemporánea de conformidad con el decreto 281 de 2002, una glosa; 2.1, la factura no cumple con el artículo 617, estatuto tributario, 38 glosas; y así sucesivamente hay varias glosas que sería muy difícil entrar a hacer referencia una por una, pues aparecen en el cd, sin embargo a título de ejemplo encontramos otra, la 3-11, el usuario reportado no aparece en la base de datos buda, 6 glosas. Existe error en el cálculo de recobros 7 glosas. La 403 como consecuencia del acta del comité técnico científico o fallo de tutela, se incluyen prestaciones contenidos en los planes de beneficios, 4 glosas. 4.05, uno o varios ítems incluidos en el recobro presentan alguna causal de rechazo o devolución, y en un ítem u otro aspecto referenciado como otras glosas únicas, habla 1-03, los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga, 2999 recobros; 2.01, lo recobrado no corresponde con la factura por el proveedor, 4 glosas; 2.02, la factura no cumple con el literal c del artículo 617 del estatuto tributario, entre otras que están ahí relacionadas. Como podemos verificar entonces, de las 3799 glosas, en su mayoría 2999 encuentran con la glosa de descripción código 103 los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga, ello por tratarse de servicios incluidos en el plan obligatorio de salud y por lo tanto encontrarse reconocidas por la unidad por capitación, conforme lo expresado por las demandas y en atención a las observaciones registradas sobre cada glosa.

Las glosas realizadas por el Ministerio de Salud, se presumen fundadas en la resolución 3099 de 2008, quien para las fechas de presentación de los servicios objeto de recobro y las fechas de presentación de estos, verificando en cada uno de los archivos o de las tablas cotejadas ya referenciadas, esto es entre el periodo comprendido entre el 10 de julio y diciembre de 2013, fecha de la última presentación de la reclamación de recobros, se encontraba efectivamente vigente dicha resolución del año 2008, por ello, ante la inexequibilidad del decreto ley 1281 de 2010, que diera origen a la resolución 548 de 2010, expedida el 12 de febrero de ese año por el Ministerio de la Protección Social, tal como fue consagrada en la sentencias de constitucionalidad 258 de 2010, sentencia de la Corte Constitucional, esa resolución entonces que sería la aplicable en lo pertinente señala, concretamente en el artículo 9: requisitos generales para la presentación de las solicitudes de recobro, la solicitudes de recobro frente al Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud, autorizados por el comité técnico científico o por fallos de tutela, deberán diligenciarse en el formato formulario radicación de solicitudes de recobros y su anexo relación de solicitudes de recobro que se adoptan a través de la presente resolución, siempre que se mantengan actualizados o vigentes de acuerdo con los términos que a continuación se señalan, no requerirán acompañar a cada solicitud los siguientes documentos: a. Certificado de existencia y representación legal de la administradora de planes de beneficios, con fecha de expedición no mayor a 30 días. Este documento deberá remitirse al Ministerio de la Protección social o a la entidad que se defina para tal efecto cada 6 meses o cada vez que se modifique la representación legal. B, poder debidamente otorgado si actúa por intermedio de apoderado. Este poder deberá actualizarse cada vez que se modifique con ocasión a la renuncia o sustitución. C, lista de precios vigentes de medicamentos, insumos, dispositivos del plan obligatorio de salud, de los proveedores de la entidad. Este documento deberá actualizarse cada vez que se presente alguna novedad, evento en el cual, deberán remitirse dentro de los 15 días siguientes a la ocurrencia de la misma. D, certificación de los integrantes del comité técnico científico registrado ante la superintendencia nacional de salud. Esta certificación sólo deberá actualizarse cuando se modifique uno o varios de los integrantes del comité, previo registro ante la superintendencia nacional de salud. E, el plan general de cuotas moderadoras o copagos aplicados a sus afiliados, el cual debe actualizarse dentro de los 15 días siguientes a su fijación o modificación anual. El artículo 11 habla de los requisitos especiales de las solicitudes de recobro originados en fallos de tutela, e indica que toda solicitud de recobro que deba ser reconocida y pagada por el fosyga por concepto fallos de tutela, deberá presentarse a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de la Protección Social o de la entidad que se defina para tal efecto, a la solicitud diligenciada en el formato formulario radicación de solicitud de recobro y su anexo deberá acompañarse los siguientes documentos: A, formato de solicitud de recobro por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela, numerado consecutivamente para cada paciente, el cual se adopta en la presente resolución y que deberá diligenciarse en su totalidad. B, copia del fallo de tutela. Para cuentas consecutivas originadas en el mismo fallo, se relacionará el número de radicado de la primera cuenta presentada en la cual se anexa la copia del fallo. El artículo 15 habla de causales de rechazo de las solicitudes de recobro, cuando indica: la solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestación de salud no pos, autorizadas por el comité técnico científico o por fallos de tutela serán rechazadas en forma definitiva por las causales y códigos que se señalan a continuación, y en literal A dice: Cuando fueren presentadas en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del decreto ley 1281 de 2002 y de acuerdo con las fechas establecidas en los artículos 12 y 14 de la presente resolución. Y cita entre paréntesis el código 101, que es una de las que encontramos allí también como glosadas. B, cuando el fallo de tutela no otorgue la posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social, código 1-02. C, cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado en el fallo de tutela o al autorizado por el comité técnico científico, según el caso, cita código 103. D, Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga, código 104. E, cuando no se anexe al cobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación, código 1-05. F, cuando al recobro no se adjunta copia del fallo o fallos de tutela, código 1-06. G, Cuando al recobro no se aporta el acta del comité técnico científico, código 1-07. Y hay un párrafo cuando dice, las causales previstas en los literales F y G no serán aplicables

cuando se trate de recobro por prestación sucesiva, y dichos documentos fueron aportados con la primera solicitud. A no aportarse los documentos acompañados con los recobros a este proceso, no puede establecer con grado de certeza este servidor judicial que la eps demandante haya cumplido a cabalidad con aquellos requisitos generales y específicos previstos en las normas antes citadas. En atención a las glosas presentadas contra los recobros realizados hay una identificado con el número 103 y 104, causales contenidas en el artículo 15 de la citada resolución, de tal modo que conforme a esa normatividad que he venido narrando, la causal 103 se concluye que es de una serie de medicamentos y de procedimientos entre los denominados terapias tipo ABBA, o sea, que en español significa análisis conductual aplicado, a juicio de la sociedad demandada o de la entidad demandada, se encuentra incluidos en el plan obligatorio de salud, y por lo tanto haría parte de los pagos de la unidad por capitación realizados por el Fosyga, así mismo, en este tipo de glosas se relacionan tecnologías no pos financiables, como las siguientes: terapia comportamental ABBA, tratamiento integral de neurohabilitación, musicoterapia, equinoterapia, acompañamiento terapéutico en jornada escolar terapuesta sombra, tecnología asistida con perros, educación especial, cuidador 12 horas que son tecnologías no financiables con el sistema general de seguridad en salud y atendiendo primero a que esta se presenta sobre la mayoría de los recobros, por eso es que vamos a examinar entonces esta glosa.

Observamos el contenido del acuerdo 029 de 2011, expedida por la Convención de Regulación en salud CRES, en el cual habla que dichas terapias no se encuentran dentro de los procedimientos enlistados dentro del POS. Entonces, para la fecha de realización de estas terapias era imposible que se encontraran asignadas al ser cubiertas por UPC, Adicionalmente, hay otros aspectos relacionados con el informe técnico, en la que el Ministerio de Salud precisamente genera un debate con ocasión a la efectividad de esas terapias, de las terapias ABBA, donde se venía hablando de que estas se componen de actividades en salud y educación reconocidas mediante la UPC. Las primeras no hay discusión al respecto, mas las segundas si, lo que tienen que ver con el aspecto de educación. Sin embargo, el artículo 6 de ese acuerdo señala cuales son los criterios para las exclusiones, cuando indica: los criterios generales para las exclusiones precitadas en el plan obligatorio de salud son las siguientes: 1, la tecnología en salud considerada como cosmética, estética, suntuaria o de embellecimiento, así como la atención de sus complicaciones, salvo la atención inicial de urgencias; 2, la tecnología en salud de carácter experimental o sobre la cual no existe evidencia científica de seguridad o costo, efectividad o que no haya sido reconocida por las autoridades nacionales competentes; 3, la tecnología en salud que se utiliza con fines educativos instrumentales o de capacitación durante el proceso de rehabilitación social o laboral; 4, tecnología en salud que tenga alertas de seguridad o falta de efectividad que recomiende su retiro del mercado, de acuerdo con la normatividad vigente; 5, tecnologías en salud cuya finalidad no sea promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad; 6, bienes y servicios que no correspondan al ámbito de la salud, y en el acuerdo 08 de 2009, en su artículo 10 hay otra regulación cuando señala: Principios para la exclusión de los criterios generales de exclusión explícitas de los planes obligatorios de salud, y dice que son las siguientes: 1, elementos, medicamentos y en general servicios de salud no incluidos expresamente en el presente acuerdo; 2, actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos, insumos, tecnología en salud considerados como cosméticos, estéticos, suntuarios o de embellecimiento, y las necesarias para atención de sus complicaciones, salvo la atención de urgencias; 3, actividades, procedimientos e intervenciones, medicamentos, insumos y servicios en general que sean de carácter experimental, o para las cuales no existe evidencia científica de costo efectividad o no hayan sido reconocidas por las asociaciones médico científicas a nivel mundial o nacional; 4, actividades, procedimientos e intervenciones, medicamentos, insumos y servicios de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no exista la posibilidad de recuperación. En estos casos deberá brindarse terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad o terapia de mantenimiento y soporte psicológico cuando el médico lo estime necesario, siempre y cuando estén descritos en el presente acuerdo; 5, actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación social o laboral, con excepción de los necesarios para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas, siempre y cuando se acredite la efectividad de su evidencia clínica; 6, actividades, procedimientos e intervenciones, medicamentos

y tecnologías en salud no incluidas expresamente en el presente acuerdo. Así mismo, cuando operen listados para otros insumos como prótesis, ortesis, aparatos y aditamentos ortopédicos para una función biológica, no harán parte de los planes de beneficios de cualquiera de los dos regímenes los no incluidos en el listado respectivo, salvo expresiones concretas en contrario. 7. Aquellos que expresamente defina la comisión de regulación en salud. Aparte de toda la reglamentación que hay al respecto, la parte demandante no aportó experticia que se había inicialmente ordenado para hacer el estudio de las glosas correspondientes, para verificar si efectivamente estos reclamos por estos servicios prestados en salud están por fuerza en el POS. La parte demandada pidió el testimonio de María Esperanza Roza Gómez, esta persona indicó en audiencia que laboró de agosto de 2012 a diciembre de 2013, para el grupo nuevo Fosyga, que fue directora jurídica de la unión temporal y la finalidad pues de ese contrato el 55 de 2011 era realizar la auditoria de los recobros no pos, radicados en noviembre de 2013, nos informó que de ese contrato actualmente se encontraba liquidado para la fecha de la presentación de la declaración, y ella misma aporta un certificado de liquidación, dice que existía un grupo de analistas, que revisaban cada recobro, que a partir del 2011, con base en la resolución 3099 de 2008, se debían radicar los recobros con distintos documentos anexos, como la cuenta firmada y otros, luego el consorcio verificaba en lo jurídico, en lo médico y en lo financiero, cada una de las facturas, si eran o no en cumplimiento de sentencias judiciales y verificaba que los recobros correspondan a los valores máximos de medicamentos, verificado el estado final de recobro se hacía un pre cierre y se enviaba a la firma de la auditora, y que conciliada esa intervención se hacía el cierre y se certificaba y se enviaba al ministerio para que aprobara el giro parcial o total o para que se reliquidara cada recobro. Esa labor era la de la unión temporal, que en muchas ocasiones dice se requería la historia clínica, el resumen o la epicrisis donde constara la hospitalización del paciente, pero que cuando era ambulatoria no se requería la historia clínica, esos son los documentos básicos dice ella en su declaración o esenciales para poder hacer recobro. Las glosas son porque no se allegaron todos estos documentos o que no son legibles o el paciente no era de la eps o por otros ítem, ilustró también sobre la resolución 5395, cuando nos cuenta que define los criterios para cada glosa y nos explica cuando sale un resultado de no probado o rechazado o cuando sale acondicionada o desistida, las no aprobadas eran para subsanarla y tenía 60 días para subsanarla y que si no se hacen en el tiempo, esos recobros adquirirían la categoría de no aceptados, y que no se podían volver a presentar para recobrarlos por vía administrativa. Con relación a la auditoria jurídica y financiera de los recobros que se están pretendiendo en esta demanda, dice que esas objeciones se resolvieron, indicando la norma que aplicaba la inconformidad, a diciembre de 2013 la resolución 3099, lo radicado con posterioridad con la resolución 3696 de enero 2 de 2014, los paquetes radicados a partir de esa fecha pues se aplicaba esa resolución, pero que el ministerio en el 2014 expidió normas para solucionar recobros devueltos, con criterio de divergencias recurrentes. Nos sigue ilustrando sobre otros aspectos referentes a que se debía verificar la norma aplicable, la viabilidad del pago, si el usuario existía, si estaba afiliado a la EPS, si se cobra la factura y la conexidad que hay con el diagnostico, la cantidad proporcionada, los valores deben estar conforme a lo autorizado y que el comité frente a los fallos judiciales solo se reconocía lo autorizado por el juez, y que todo era a cargo de los recursos que administra el Fosyga, hoy administrador de los recursos del Adres, y nos ilustra sobre otros aspectos que están ahí en la declaración que no es del caso entrar a indicar todo lo que nos contó.

Pues como ya lo he venido diciendo, no contamos con la información o con las carpetas de cada uno de los recobros para poder distinguirse las terapias conductuales ABBA y los demás procedimientos y medicamentos están o no incluidos dentro del POS y si fueron además autorizadas. Pues es muy difícil con la información suministrada entrar a hacer un análisis concreto de cada situación en particular de cada recobro. Frente a las terapias aba o diagnósticos terapias aba, la ley estatutaria de salud la ley 1751 del 16 de febrero de 2015, estableció en su artículo 15 que le corresponde al estado formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de las enfermedades y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales, así como también realizar el seguimiento continuo de la devolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de la persona, y el artículo 8 de la ley por su parte dispuso que: Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa, principio de integralidad, para prevenir, paliar o curar la enfermedad” sin embargo, la misma ley estableció en su artículo 15 que

los recursos públicos de la salud no podrán destinarse a financiar servicios o tecnologías en los que no exista evidencia científica sobre la seguridad y eficacia clínica, y eso también fue objeto de estudio por la corte constitucional en el sentido de que los jueces al momento de analizar el tratamiento, procedimientos, insumos o medicamentos no pos, y preferiblemente tratamientos tipo ABBA y desarrollo, deben ceñirse a lo establecido en la línea jurisprudencial fijada, es decir, por la misma corte, esto significa que los fallos deben ser justificados con base en criterios médicos y científicos. De las pruebas aportadas por la parte demandante no se puede determinar con grado de certeza si efectivamente ordenó algunos tratamientos con ocasión de los fallos de tutela y si esos fallos de tutela pues obedecen a estas líneas señaladas por la Corte Constitucional, pues no se allegó ningún anexo a las facturas. No se puede establecer con grado de certeza si los recobros fueron debidamente radicados y sustentados ante el Fosyga, pues los hechos vienen referidos en forma genérica, y se pide en términos generales que se conceda una suma de dinero por daños y perjuicios por el no pago de las facturas, por las causales que no son del plan obligatorio de salud, sin embargo no hay providencia de que efectivamente esos recobros estuvieran por fuera del plan obligatorio de salud; por el contrario, frente a los diversos tratamientos y medicamentos que se reprochan no estar incluidos en el plan obligatorio de salud, no encuentro tampoco ninguna prueba idónea para establecer esa situación y poder ver la viabilidad y ordenar su pago. Pues en el cd que es la prueba que nos trae la parte demandante, donde al parecer se pretende indicar los ítems de cada recobro vigente, tal como lo puedo ver a folio 901-906, no encontré información clara ni concisa frente a establecer lo que realmente se pide, quedando para este servidor judicial imposible hacer un análisis detallado y real de lo que se está buscando se pague, lo que se pagó y lo que queda pendiente por reconocer, además, si bien los servicios prestados por las terapias ABBA, las conocidas como educacionales, comportamentales o conductuales no se encuentran incluidos dentro del plan obligatorio de salud, pues no cuentan con asignación alguna de la unidad por capitación, no menos cierto es que la parte demandante no probó en cada caso particular, y frente a cada una de las facturas, pues su teoría que expuso, es decir, no hay claridad si eran o no educacionales o comportamentales o conductuales que es lo que nos obliga a analizar. La misma suerte sufren los denominados procedimientos y medicamentos reclamados, pues ante la falta de prueba por la parte demandante, atendiendo a los principios de la carga dinámica de la prueba, artículo 164 y 167 del código general del proceso, y más de que no encuentro otros medios de convicción, pues no encuentro que la parte demandante haya logrado demostrar que las glosas son infundadas, por lo que inevitablemente conlleva a una decisión de carácter absolutorio, pues dentro del plan obligatorio de salud no existen recobros donde podamos verificar con exactitud que fue una glosa única, como lo afirmó la parte demandante, sino que el estudio que se hizo de la información que nos suministra, también hubo devoluciones por otros motivos diferentes, por otros ítem que obviamente pues no están efectivamente demostrados, tampoco que efectivamente se haya cumplido con esas exigencias. Entonces, ante la falta de prueba, para demostrar la terapia de la parte demandante, pues no hay otra alternativa que absolver a la nación, ministerio de salud, que es la única entidad que quedó demandada. Pues era una obligación de la parte demandante de Saludcoop EPS, organismo cooperativo y en liquidación cumplir con esta carga probatoria, pues no demostró que las glosas que debían ser cubiertas por el flujo de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, entonces pues no hay posibilidades de ordenar el reembolso, si es que efectuó gastos para cumplir con las obligaciones de los usuarios vinculados al sistema. Bajo tal comprensión, y al no demostrarse con grado de certeza la existencia de esos valores que no hacen parte del plan obligatorio de salud, pues no queda otra alternativa, como ya lo dije, de absolver a la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social.

RECURSOS DE APELACIÓN

La Eps demandante recurrió señalando:

Teniendo en cuenta que el despacho consideró que no existe un grado de certeza con las pruebas allegadas por la parte demandante, teniendo en cuenta que no se aportó según su señoría, prueba alguna de si realmente fue prestado el servicio y por tal negado, y que tal servicio o medicamento o procedimiento no estaba incluido dentro del plan

obligatorio de salud, entonces, la parte actora, la suscrita, está en desacuerdo y creo que erra el despacho en decir que no hay pruebas suficientes, teniendo en cuenta que no solamente se aportó un cd con la relación en Excel de los recobros solicitados en pago y dejados de cancelar por la adres actualmente, si no también tenían anexos en pdf de las auditorias hechas por el Fosyga en su momento y motivo por el cual cada vez que se presentaba un desistimiento de lo que estaba conciliando con la administradora general de los recursos del sistema general de seguridad social en salud adres, se adjuntaba ciertos pdf, donde daban cuenta del valor que persistía y del valor que se desistía, con lo cual, creería que es una prueba fehaciente para tener en cuenta que ellos están aceptado que nos deben cierto dinero por unos recobros solicitados en 2015, entre 2014 y 2015 y por lo cual están en mesas de trabajo, conciliamos, presentamos desistimiento, en primer punto de eso, su señoría. Y en segundo punto, los recobros fueron glosados por criterio médico en su momento, de acuerdo a los acuerdos 029, 008, los fallos, las autorizaciones del comité técnico científico se adjuntaron con las facturas radicadas efectivamente en el Fosyga para el año 2015, entonces es la parte demandada quien tiene esa documentación y teniendo en cuenta el estado actual de la EPA se encuentra en liquidación y a punto de su culminación el 28 de junio del presente año, es difícil aportar esa serie de documentos cuando no se tienen en la empresa. Entonces, creería y mas bien, estoy segura, de que la documentación aportada dentro de la demanda inicialmente y aportada con los desistimientos presentados a través del tiempo que ha conllevado el presente proceso, se tiene certeza de los recobros solicitados, negados y además si vemos si es por única glosa, la única glosa que no estaban incluidos dentro del plan obligatorio de salud y que cierta manera en su momento se llamaba zona gris. Quiere decir lo anterior que en los casos en que la EPS fue obligada a suministrar procedimientos, medicamentos y no se encontraban dentro del plan obligatorio de salud, el Ministerio de Salud y Protección Social, ahora la Adres, está en la obligación de realizar el pago.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados en el recurso, teniendo como punto de reproche, determinar si la Eps demandante allegó los anexos idóneos junto con los recobros cuyo pago pretende con esta acción judicial.

Para resolver el primer problema jurídico, sea lo primero señalar que el **art. 48 de la Constitución Política** señala que tanto la salud como la seguridad social son servicios públicos que se prestarán bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por su parte, la **Ley 100 de 1993** reglamentó el Sistema de Seguridad Social en Colombia y de acuerdo con lo establecido en el **art. 182** de la misma normatividad, para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS para cada afiliado, el Sistema reconoce a cada EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación UPC, que en últimas viene siendo el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del POS por parte de la EPS, en otras palabras, su objetivo es financiar en su totalidad la ejecución del POS.

El **literal f) del artículo 156 de la precitada Ley 100**, prevé la forma en que son financiadas las EPS para garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados según los parámetros del POS, financiación que garantiza el ente estatal a través, como se dijo, de la denominada unidad de pago por capitación - UPC, y de no encontrarse los medicamentos o tecnologías requeridos por los usuarios del sistema de salud incluidos en el POS, su valor debía ser reconocido por el Fondo De Solidaridad y Garantía -FOSYGA.

En este asunto se pretende obtener el reconocimiento y pago de unos recobros por servicios prestados por la EPS demandante en el año 2013, motivo por el cual pertinente resulta tener en cuenta lo establecido en el **artículo 21 de la ley 1127 de 2007** que dispone:

*“Art. 21: Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, **las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social.** La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social. (...)”*

Por su parte, el Ministerio de Salud con la **Resolución No 003047 de 2008** fijó en su artículo 12 que en el Anexo Técnico No 5 de dicho Acto Administrativo se precisarían los soportes que debían anexarse a las facturas, para cada caso en concreto: Consultas ambulatorias, Servicios Odontológicos Ambulatorios, Exámenes de laboratorio, imágenes y otras ayudas diagnósticas ambulatorias, procedimientos terapéuticos ambulatorios, medicamentos de uso ambulatorio, atención inicial de urgencias, atención de urgencias, servicios de internación o cirugía, ambulancia, honorarios profesionales.

En igual sentido, la **Resolución 4331 del 21 de diciembre de 2012** del Ministerio de Salud y Protección Social adicionó y modificó parcialmente la anterior resolución y la número 416 de 2009, en el sentido que todas las facturas deberán tener su soporte para el pago efectivo.

De suerte que una vez presentada la factura con los soportes a que se refieren los artículos 23 y s.s., de la **resolución 5395 del 2013** vigente para la época en que se suministraron y recobraron los servicios de salud o

insumos de la misma naturaleza prestados por parte de la Eps demandante, darán lugar, bien a que se efectúe el pago de la obligación, o a que la entidad deudora presente dentro de los términos y oportunidades previstos en la ley las objeciones correspondientes a través de las respectivas Glosas.

Fue entonces como con **la Ley 1753 de 2015 art. 66** se creó la entidad que pasó a administrar toda actividad desempeñada por el Fosyga, es decir, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, entidad cuya principal función consiste en garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del SG-SSS conforme lo dispuesto en el Decreto 2265 de 2017 el cual modificó al Decreto 780 de 2016, asumiendo entonces actualmente el pago de los recobros en virtud de la Resolución 1085 del 10 de mayo, 2438 del 12 de junio y la 2497 de 29 de diciembre todas del 2018 expedidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Descendiendo al caso objeto de estudio, observa la Sala que inicialmente esta acción judicial, se encontraba encaminada a lograr el pago de 3617 recobros por valor de \$8.806.477.754, posteriormente, fueron presentados por la demandante diferentes desistimientos de los mismos, continuándose la acción por 2818 recobros, por valor de \$7.754.055. (fls. 451 y 924)

Conforme lo anterior indica el recurrente que dichos recobros fueron glosados por una única causal que relaciona en los archivos Excel allegados a folios CD 158 y 159 del plenario, denominada “zona gris”; no obstante ello, indica la demandada que dichos recobros fueron glosados por múltiples causales, las que relaciona de manera física en el texto de su escrito de contestación, relación que se detalla de folios 262 a 354 (cuaderno 1), así como con los anexos técnicos visibles en CDS aportados a folios 367 y 488 del plenario; de igual forma, se aportaron por la misma parte demandante, constancia de diferentes auditorías realizadas a dichos recobros luego de proferida la sentencia cuya apelación se estudia a folios 919 y s.s. (cuaderno 5); dichos anexos técnicos y auditorías, permiten corroborar que contrario a lo manifestado por la parte recurrente, los recobros cuyo pago pretende, no fueron glosados por una única causas sino por múltiples de ellas entre las cuales se relacionan:

- 1-02. Lo recobrado no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o autorizado por el CTC.
- 1-03. Los valores objeto de recobro, ya han sido pagados por el Fosyga.
- 1-04. No se anexa factura del proveedor o prestador del servicio
- 1-05. No se adjunta copia de fallo o fallos de tutela.
- 2-02. La factura no cumple con los requisitos del Estatuto Tributario
- 2-26. Recobro objeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas
- 3-09. La factura del proveedor no identifica el afiliado atendido
- 3-11. El usuario del recobro no aparece en BDUA
- 4-01. Existe error en el cálculo del recobro
- 4-03. Como consecuencia del CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en el POS
- 1802. La solicitud se presenta de forma extemporánea
- 0601. La tecnología recobrada se encuentra en el POS
- 1101. La tecnología en salud no POS es consecuencia de un accidente de tránsito.
- 0701. Lo recobrado corresponde a exclusión del POS y no se justifica en acta del CTC o fallo tutela.

Las causales de devolución antes descritas, corresponden a las indicadas en los artículos 15 y s.s. de la vigente para la época en que se presentaron los recobros cuyo pago se pretende; Resolución 3099 de 2008; de igual forma, dicho instrumento legal detalla los soportes que se deben presentar junto con los recobros para acceder a su pago; al respecto señala:

ARTÍCULO 10. REQUISITOS ESPECIALES DE LA SOLICITUD DE RECOBROS POR MEDICAMENTOS, SERVICIOS MÉDICOS Y PRESTACIONES DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL POS Y AUTORIZADOS POR EL COMITÉ TÉCNICO-CIENTÍFICO. <Artículo derogado por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013. Rige a partir del 1o. de octubre de 2013> *La solicitud de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud, no incluidos en el POS y autorizados por el Comité Técnico-Científico, debe presentarse a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de la Protección Social o de la entidad que se defina para tal efecto.*

A la solicitud diligenciada en el Formato “Formulario Radicación de Solicitudes de Recobros” y su anexo, deberán acompañarse los siguientes documentos:

- a) Formato de “Solicitud de Recobro por Concepto de Medicamentos, Servicios Médicos o Prestaciones de Salud no POS-CTC”, numerada consecutivamente por cada paciente, el cual se adopta en la presente resolución y que deberá diligenciarse en su totalidad;*

b) Una copia del acta del Comité Técnico-Científico donde se determine y concluya la autorización respectiva del medicamento, servicio médico o prestación de salud no incluido en el Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud o en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El acta deberá contener:

i) La fecha de elaboración y número del acta;

ii) Los datos de identificación del afiliado o paciente;

iii) El diagnóstico, descripción y código, según la clasificación internacional de enfermedades vigente y análisis del caso objeto de estudio;

iv) Un resumen de las prescripciones u órdenes médicas y justificación o justificaciones efectuadas por el médico tratante, identificando el nombre del médico, la fecha de las prescripciones u órdenes médicas y demás datos consignados en la misma, así como justificación del medicamento, servicio médico o prestación de salud No POS;

v) <Ordinal modificado por el artículo 3 de la Resolución 4377 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Del medicamento, servicio médico o prestación de salud no POS:

vi) La identificación del medicamento o de los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se reemplazan o sustituyen, con la descripción de su principio(s) activo(s), concentración y forma farmacéutica, y el número de días/tratamiento y dosis/día equivalentes al medicamento autorizado o negado;

vii) La identificación del o los servicios médicos y prestaciones de salud incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, objetivo, frecuencia de uso, cantidad y tiempo total, que se reemplazan o sustituyen en el Plan Obligatorio de Salud equivalentes al o los servicios médicos y prestaciones de salud autorizados o negados;

viii) En el caso de que no existan en el Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, servicios médicos o prestaciones de salud que se puedan considerar reemplazados o sustituidos por el servicio médico o prestación de salud No POS autorizados por el Comité Técnico-Científico debe quedar manifiesta esta situación en el Acta, soportada en la evidencia científica y condiciones establecidas por el médico tratante;

ix) La verificación del cumplimiento de los criterios de evaluación y autorización contenidos en la presente resolución, certificando que estos han sido constatados en resumen de atención o epicrisis, historia clínica del afiliado o paciente;

x) La decisión adoptada frente al suministro del medicamento, servicio médico o prestación de salud, la cual, en caso de definir su no autorización, deberá indicar la justificación técnica y normativa que la soporta;

xi) Nombre y firma de los integrantes del Comité Técnico-Científico. Para el o los médico(s) integrante(s) se requiere el número del registro médico;

c) <Literal modificado por el artículo 1 de la Resolución 2729 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Copia simple de la factura de venta o documento equivalente, expedida por el proveedor, la cual debe cumplir los requisitos del Estatuto Tributario y especificar:

i) Nombre, tipo e identificación del afiliado al cual se suministró el medicamento, servicio médico o prestación de salud no incluida en el Plan Obligatorio de Salud (POS);

ii) Código, descripción, valor unitario, valor total y cantidad de medicamento, servicio médico o prestación de salud no incluida en el Plan Obligatorio de Salud (POS);

iii) Documento del proveedor con detalle de cargos, cuando en la factura no esté pormenorizada la atención. En caso de que la entidad recobrante no disponga de dicho detalle, expedido por el proveedor, el representante legal de la entidad recobrante podrá certificarlo;

iv) Certificación del proveedor que desagregue la cantidad y el valor facturado del medicamento, servicio médico o prestación de salud no incluida en el Plan Obligatorio de Salud (POS), por cada usuario, cuando la factura incluya el tratamiento de más de un paciente;

v) Certificación bajo la gravedad de juramento del representante legal de la entidad recobrante, en la que indique a qué factura imputa el medicamento, servicio médico o prestación de salud no incluida en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y el paciente a quien le fue suministrado, cuando se realicen compras al por mayor y al proveedor le sea imposible identificar al usuario que la recibió;

vi) Constancia de pago. En todo caso, las entidades administradoras de planes de beneficios podrán presentar las solicitudes de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), sin dicha constancia, siempre y cuando al momento de radicación de la solicitud, el proveedor de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS), se encuentre incluido dentro del listado de proveedores que resulte de la aplicación de la metodología que para el efecto define la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, el cual será publicado por el administrador fiduciario en la página web del Fosyga de manera semestral.

Conforme la normatividad antes transcrita y los motivos por los cuales el entonces Ministerio de Salud y Protección Social glosó los recobros objeto de debate, que como se indicó en apartes anteriores, no fue por una única causal, como lo reitera Adres en sus alegaciones; se tiene que le correspondía a la EPS demandante haber aportado al plenario todos los soportes correspondientes a cada uno de los 2818 recobros en los términos de la normatividad en cita; esto es, la factura de cada uno de ellos, con la correspondiente descripción del servicio o tecnología suministrada al paciente, de igual forma, la descripción completa del paciente que se benefició con dicho servicio, si el mismo tuvo origen en un acta del CTC o si por el contrario devino de una orden en sede de tutela.

No obstante lo anterior, la Eps demandante nada allega al respecto como quiera que con su demanda acompaña dos bases de datos visibles a folios 158 y 159 (cuaderno 1), que únicamente contienen el detalle de los recobros con fundamento en los cuales impetró esta acción judicial, siendo que los únicos soportes que allega, son los de la radicación de los mismos ante el Fosyga en el año 2013, los que aportó en folio CD 924 (cuaderno 5) y que

revisados los archivos insertos en este, en efecto sólo contienen la constancia de radicación de los recobros, la identificación de los mismos y el sello de recibo por el Fosyga, junto con una relación de pacientes, pero como en efecto lo advirtió el juez de primer grado, no se aportaron las facturas de los mismos, el acta de CTC o fallo de tutela con fundamento en los cuales se prestó el servicio cuyo cobro se reclama y demás soportes señalados en la normatividad antes transcrita que permitieran determinar si las glosas impuestas a los recobros fueran o no infundadas.

Igualmente indica la EPS demandante en su escrito de demanda que el único motivo por el que fueron glosados los recobros reclamados fue porque la entidad que auditaba los mismos para el momento de su presentación consideró que todas las tecnologías o medicamentos suministrados y cuyo pago se pretendía, estaban contenidos en el POS vigente para la época, circunstancia que como se indicó no corresponde a la realidad ya que como se vio esta no fue la única glosa impuesta y en gracia de discusión si tal afirmación tuviera fundamento, era deber de la Eps demandante allegar las pruebas que permitieran determinar cuál había sido la tecnología o medicamento suministrado en cada uno de los recobros para luego establecer si en efecto correspondían o no a suministros cubiertos por el POS vigente para la época; no obstante se itera, ningún soporte obra al respecto, como tampoco prueba pericial o de similar naturaleza que permitiera desvirtuar que los medicamentos, procedimientos o insumos que fueron glosados por la causal en mención, no hicieran parte del Plan Obligatorio de Salud vigente para la época en que se prestaron tales servicios.

No siendo de recibo la afirmación del recurrente según la cual tales pruebas se encontraban en poder de las entidades demandadas, ya que no se explica esta Sala cómo la Eps recurrente no cuenta en sus bases de datos con copias de los anexos de los recobros cuyo pago pretende, siendo claro que es su deber probar el supuesto de hecho de las normas que invoca, conforme lo señalado en el artículo 167 del CGP, no siendo carga de su contraparte allegar las pruebas para acceder a las pretensiones de la demandante y si en efecto estaban en poder de las demandadas, le correspondía a la parte actora solicitar las mismas para que fueran allegadas junto con escritos de

contestación, labor que tampoco efectuó como se logra determinar del respectivo acápite de pruebas del líbello demandatorio.

Es así como para lograr el pago de los recobros reclamados, resultaba ineludible que durante el trámite procesal la EPS demandante allegara los soportes previstos en la normatividad vigente para la época en que prestó los servicios cuyo pago pretende y ante la total ausencia de tal caudal probatorio, se **confirmará** la decisión de primer grado.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EN USO DE PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 29-2017-0647-02

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO CUCUNUBA ARIZA

DEMANDADO: FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD –
ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de febrero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes no presentaron alegaciones.



ANTECEDENTES

El señor Luis Eduardo Cucunuba Ariza por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de una relación de trabajo con la demandada a partir del 25 de agosto de 2016 y hasta el 30 de marzo de 2017; en consecuencia, se pague los conceptos prima de servicios, cesantías, indemnización por la no consignación de cesantías del art 99 de la Ley 50 de 1990, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por terminación del contrato de trabajo a término fijo sin preaviso, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., bonificación por servicios, prima de navidad, de vacaciones, auxilio de alimentación, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, intereses de mora e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, celebró contrato de tipo laboral N°0868-2016 con la demandada el 25 de agosto de 2016, que era a término fijo por el periodo de 7 meses, que su labor la prestaba en las instalaciones de la convocada en el horario de 7 de la mañana a 4 y 30 de la tarde de lunes a viernes, que si no concurría se le aplicaba un descuento, que el valor del contrato era proporcional al número de días de ejecución con corte al día 30 de cada mes, al tiempo que dice que, el valor recibido mensualmente obedecía a \$4.742.000; que le entregaron tarjeta de acceso, puesto de trabajo, correo electrónico, que dentro de sus funciones estaba la de dar respuesta oportuna a los requerimientos internos y externos relacionados con la información acerca del plan institucional de gestión ambiental e integral de residuos



hospitalarios y similares, actividad que considera es permanente al interior de la demandada; que estaba bajo una relación de subordinación respecto de la demandada al anotar que le correspondía apoyar a la dirección administrativa – subdirección de bienes y servicios en actividades acordes con el desarrollo del objeto contractual y demás impartidas por el supervisor del contrato y que no era un contratista independiente, con libertad, autonomía técnica y directiva. Que su jefe inmediato era Jorge Armando Jiménez Bolívar, subdirector de bienes y servicios, a quien le solicitaba permisos que a su vez fueron negados, para indicar con ello que, no podía ausentarse de su puesto de trabajo sin autorización; que, si bien el contrato le fue terminado el 24 de marzo de 2017, el actor siguió yendo hasta el 3° de marzo de 2017 al tiempo que dice que el 27 de marzo debió hacer entrega de la tarjeta de acceso y un informe final, y el 29 entregó todos los elementos de trabajo, y que el 30 tuvo que ingresar con una tarjeta de visitante, fecha a partir de la cual ya no se le permitió más el ingreso a las instalaciones de la demandada, que el contrato le fue terminado por expiración del plazo pactado de 7 meses; que no se hizo el preaviso, y que por esa omisión el contrato se entendía renovado por un periodo igual, concluyendo que se le adeuda seis días de trabajo; y que la labor la prestó de manera personal, por lo que, a su parecer, se presume la existencia del contrato de trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 3, 20 a 22, 27, 29, 32, 36, 38, 41, 46y no aceptó los demás relacionados con la existencia de una relación laboral y el derecho del demandante al pago de las acreencias de tipo laboral que reclama. Como excepción previa formuló



la que denominó falta de jurisdicción y competencia, la cual fue negada conforme el criterio del Corte Suprema de Justicia, que cuando se alega la existencia de un contrato de trabajo es competente el Juez Laboral; de mérito interpuso la que denominó falta de configuración de los elementos esenciales del contrato realidad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda e impuso costas a cargo de demandante en cuantía de \$100.000.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“En primer lugar, en lo que tiene que ver con el requisito de precedibilidad, el mismo se cumplió conforme se observa a folios 4 a 19; el problema jurídico consiste en determinar si hay lugar a declarar un contrato de trabajo entre las partes con vigencia entre el 25 de agosto de 2016 al 30 de marzo de 2017, lo primero que tiene que señalar el despacho es que tanto en los fundamentos legales señalados en la demanda como en los alegatos de conclusión el apoderado de la parte actora se refiere a normas consagradas en el CST y en los alegatos de conclusión hace énfasis en el artículo 24 del mismo; se señala que, si se trata de un trabajador oficial vinculado mediante un contrato de trabajo, las normas del CST no aplican para este tipo de trabajadores, comoquiera que las normas del CST aplican para trabajadores de carácter particular, siendo que, para los trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, aplica lo consagrado en la Ley 6 de 1945 reglamentada por el Decreto 2125 de 1945, en sus artículos 1 a 3, que definen el contrato de trabajo que consagran los elementos del contrato de trabajo, y la presunción de similar manera como la trata el CST, por lo que de entrada esas normas no aplican para trabajadores oficiales; ahora bien, se discute la existencia de un contrato de trabajo en virtud el principio de la primacía de la realidad respecto de las formas establecido en el artículo 53 de la C.P., sobre este tipo de contratos se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia con sentencia del 28 de julio de 2024 (sic) cuando señala que: sobre este tópico comporta reiterar lo que de manera reiterada ha expresado esta Corporación a que la sola presencia de los contratos celebrados por la accionada con fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no descarta de plano la existencia de un contrato de trabajo, así como tampoco permite sostener que esa sola circunstancia que tal deducción constituya una equivocación protuberante, como aseveró esta Corporación en sentencia del 11 de diciembre de 1997 radicación 10153, dijo la Corte: no es materia de discusión frente a



**Proceso Ordinario Laboral 29 – 2017 – 0647 – 02 DTE: LUIS EDUARDO CUCUNUBA ARIZA
DDO: FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ**

los contratos que la ley califica como administrativos que pueden celebrar las entidades oficiales se encuentra la de prestación de servicios, pero del hecho de hallarse consagrado realmente de este contrato no se deriva la facultad de utilizarlo cuando se trata de relaciones laborales, puesto que, en todos los casos en que los servicios personales al Estado en la que la participación directa de aquel sobrepasa los porcentajes indicados en la misma ley son prestados por un ser humano de manera subordinada, se está sin discusión posible ante una relación de trabajo gobernada por una relación legal y reglamentaria o mediante un contrato de trabajo de acuerdo con lo que determine la C.P., o la ley cuando ella directamente no lo establezca”, que de acuerdo con la jurisprudencia se puede dar en virtud del contrato realidad esa vinculación directa a los organismos del Estado, bien sea mediante una vinculación legal y reglamentaria que es la que rige a los empleados públicos o mediante un contrato de trabajo; en este caso, debemos señalar que en la audiencia cuando se resuelven las excepciones previas, cuando se indica que la relación estuvo regida por un contrato de trabajo pues se debe conocer el proceso y le corresponde a la parte en juicio determinar que estuvo regido por un contrato de trabajo, el apoderado de la parte actora señala en los alegatos de conclusión señala que no se debe determinar que la jurisdicción competente es la de lo contencioso administrativo, porque se entra por los requerimientos que hace esa jurisdicción sería fallida de alguna manera las pretensiones de la demanda, por su parte el apoderado de la demandada señala que, esas consideraciones no son de recibo porque el hecho de prosperidad o no son las que dan la jurisdicción y competencia para conocer de un caso en particular, y esto le asiste razón al apoderado porque la jurisdicción y la competencia la establece la ley: en este caso, el Decreto Ley 3135 de 1968 establece en su artículo lo siguiente: empleados públicos y trabajadores oficiales, las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos, sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales, las personas que prestan sus servicios en las EICE son trabajadores oficiales, sin embargo los estatutos de dichas entidades precisan qué actividades de dirección y confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Significa lo anterior que, de manera general únicamente quienes prestan sus servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales cuando se trata cuando se trata de establecimientos públicos, es decir, que la naturaleza es la que determina la calidad de los trabajadores o de los servidores del Estado, por ejemplo en sentencia de agosto de 1976 se dijo: el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, establece el principio que los servidores de ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos, salvo quienes se ocupen en la construcción y mantenimiento de las obras públicas que son trabajadores oficiales, y cuando se trata de tales establecimientos la regla general es que, quienes trabajen en ellos son empleados públicos y solo por excepción que debe preverse de modo expreso en el estatuto respectivo alguno de sus servidores pueden tener la calidad de trabajadores oficiales como lo corroboran los artículos 1 y 5 del Decreto 1848 del 69, recuérdese que la norma primigenia se decía que los establecimientos podían de manera, excepcional señalar quienes podrían ser trabajadores oficiales pero esa norma fue declarada inexecutable, es decir, que en la actualidad el establecimiento público no puede determinar quiénes son empleados oficiales; así mismo la clasificación de una entidad concreta dentro de las distintas especies de personas jurídicas y de orden público que el legislador permite crear como formas de descentralizar tareas de la administración está determinada por lo que necesariamente al respecto diga el acto que organizó y le dio existencia al ente moral



**Proceso Ordinario Laboral 29 – 2017 – 0647 – 02 DTE: LUIS EDUARDO CUCUNUBA ARIZA
DDO: FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ**

que se trate por lo que, el desarrollo evidencia a que el acto disponga sus estatutos, este aparte no aplica por lo que ya señaló el juzgado, que posteriormente fue declarada esa norma ineficaz, que no depende el examen que haga el juez de las tareas que deban cumplir y de los medios que haya de utilizar para el logro de sus objetivos una entidad descentralizada concreta, puesto que la estructura de esta su naturaleza jurídica solo es dable determinar a la Corporación u organismo que tenga la potestad para darle vida al nuevo ente modificarlo o varias sus funciones; que también se ha señalado, que estos casos la calidad de trabajador oficial o de empleado público depende de la naturaleza del cargo que desempeñe, la naturaleza de la entidad y de la actividad que desempeñe, en este caso refiriéndonos a la naturaleza de la entidad demandada encontramos lo siguiente: a folio 145 la resolución 1 de 1991 y en ella se establece la naturaleza del fondo y dice: el fondo funcionará y operará como una cuenta especial del presupuesto distrital con una unidad de caja en la condición de fondo financiero del sistema de salud del distrito capital de santa fe de Bogotá como un establecimiento público Distrital con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente y autonomía financiera, adscrito a la secretaria distrital de salud de santa fe de Bogotá con sujeción al régimen fiscal del Distrito, tendrá su domicilio en santa fe de Bogotá d.c., es decir, que en este caso, se trata la pasiva de un establecimiento público y las actividades de conformidad con el contrato de prestación de servicios, que fue aportado al proceso pues nada tiene que ver con la construcción y mantenimiento de vías, es decir, que en este caso el despacho no puede determinar que las actividades desempeñadas por el demandante en razón al cargo para el cual fue contratado sean regidas por un contrato de trabajo, lo que lleva a absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, a condenar en costas a la parte actora, y señalan como agencias en derecho la suma de \$100.000.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

Sea lo primero advertir que, el demandante acude a la jurisdicción ordinaria laboral en procura de la declaración de los derechos laborales que reclama, y que se causaron mientras estuvo al servicio de la entidad demandada.

Valga decir, que, conforme el derrotero de pretensiones, en principio, esta especialidad es competente para dirimir esas peticiones, según el artículo 2 del C.P.T. y de la S.S., al estar las mismas, según el promotor,



fundamentadas en un conflicto originado en un contrato de trabajo, situación que resulta suficiente para conocer del litigio la jurisdicción ordinaria laboral, sin que pueda darse prosperidad a una eventual excepción previa de falta de competencia o jurisdicción, como en efecto, se despachó desfavorablemente en su oportunidad procesal, al interior de este proceso.

Extrañamente, se observa que, con el escrito inicial de demanda se intentan discutir derechos o prerrogativas laborales reguladas en el Código Sustantivo del Trabajo, tales como: la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., cesantías, intereses a las cesantías, al igual, que se solicita dar aplicación a los efectos que trae consigo incurrir en la omisión de realizar en debida manera, el denominado preaviso conforme lo prevé el artículo 46 del C.S.T., modificado por el artículo 4 del Decreto 2351 de 1965.

Sin embargo, al mismo tiempo pretende el pago por conceptos, como: prima de navidad, prima de vacaciones, auxilio de alimentación, entre otros conceptos propios de los trabajadores oficiales.

Así las cosas, debe recordarse que, el artículo 3 del C.S.T., señala que dicha normatividad regula relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares, a su vez que, el artículo siguiente *ibidem*, oportunamente pone de presente que, las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y servidores del Estado no se rigen por la norma sustantiva laboral, sino por otros estatutos especiales, que para el caso de los empleados públicos su vinculación está regida por la ley y los reglamentos, mientras que para el caso, de los trabajadores oficiales, que, aunque al servicio del estado, por estar regidos por medio de un contrato de trabajo y por ser



competente el juez laboral ordinario para conocer de las controversias que surjan del mismo, no por ello, quiere decir que, precisamente sean destinatarios del Código Sustantivo Laboral, pues no lo es, y en tal sentido debe acudir a la legislación propia y especial para esa clase trabajadores, como es, entre otras normas, la Ley 6 de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de igual año, el Decreto 3135 de 1968, incluso pasando por los Decretos 1838 de 1969, y 1222 y 1333 de 1986.

Por lo anterior, desde ya la Sala debe expresar que, la decisión de instancia además de ser acertada, es específica en indicar las razones por las cuales las pretensiones del demandante, aunque son las que le dan competencia al juez, de todas maneras, no pueden salir avante conforme los supuestos facticos en los que se fundamentan, empezando por la prestación misma del servicio por parte del actor, el cual se soporta en actividades administrativas, que en nada tienen que ver con labores de construcción y sostenimiento de obras públicas tal como lo prevé el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, situación que basta para alejar al demandante de su calidad de trabajador oficial, quedando por tanto, la posibilidad de discutir una eventual calidad de empleado público, sobre la cual esta especialidad ordinaria laboral en nada tiene facultades para ello.

Por último, no puede perderse de vista que, conforme se observa a folio 145 del plenario, la Resolución 1 de 1991 “*por la cual se aprueban los estatutos del Fondo Financiero de Salud de Santa fe de Bogotá*”, en su artículo 1° del capítulo 1, sobre la naturaleza, objeto, función y domicilio, indica que la entidad aquí demandada, funciona y opera como una cuenta especial del presupuesto Distrital con unidad de caja, en la condición de Fondo Financiero del Sistema de Salud del Distrito Capital de Santa fe de Bogotá,



como un establecimiento público Distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente y autonomía financiera, adscrito a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá con sujeción al régimen fiscal del Distrito, y con domicilio en Santa Fe de Bogotá.

Ahora bien, en concordancia con la naturaleza jurídica del establecimiento público convocado, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, señala que, las personas que prestan sus servicios en ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos, pero que, sin embargo, los trabajadores de construcción y sostenimiento de obras públicas, son trabajadores oficiales.

En consecuencia, además del dislate argumentativo del escrito inicial, en el sentido que, sin que específicamente así lo advierta, entiende la Sala que el interés del promotor por medio de su apoderado judicial, estaba centrado en la declaración de un contrato de trabajo, situación que le obligaba a establecer previamente su categoría de trabajador oficial, no obstante, de los supuestos facticos traídos al proceso no se logra evidenciar tal calidad por parte del promotor, y en su lugar, lo ubican en un eventual terreno jurídico del que no es garante el juez ordinario laboral.

Con todo, la Sala encuentra acertada la decisión del a quo, por lo que, la misma se confirmará.

Sin costas en esta instancia.



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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EN USO DE PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado