

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ERNESTO LEGUIZAMÓN ALFARO y TITO JAVIER BERMÚDEZ HUERTAS CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL-UMV, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA Y ASFALTOS LA HERRERAS SAS. Rad. 2014 00221 01. Juz 36.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Lo primero a tener en cuenta es que en los procesos 2014-317 y 2014-221 se profirió una sola sentencia; sin embargo, en el proceso 2014-317 ya fue resuelto el recurso de apelación, por lo que en esta oportunidad se resolverá el recurso interpuesto respecto del proceso 2014-221.

JOSÉ ERNESTO LEGUIZAMÓN ALFARO y TITO JAVIER BERMÚDEZ HUERTAS demandaron a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UMV; CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA Y ASFALTOS LA HERRERA SAS, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 7 a 8 y 249 259.

- Contrato de trabajo entre el 5 de junio y el 21 de agosto de 2012 y entre el 3 de julio y el 21 de agosto de 2012, respectivamente.
- Se declare la solidaridad respecto de las acreencias laborales
- Salarios de 21 días no cancelados
- Primas
- Cesantías
- Intereses a las cesantías

- Vacaciones
- Sanción moratoria
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 8 y 249 a 255 que por lo extensos se resumen así: Manifiestan que las empresas CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.AS. conformaron el CONSORCIO LUZ quien fue contratado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UMV, para ejecutar obras de mantenimiento vial en Bogotá. Que los demandantes fueron contratados por el CONSORCIO LUZ desde el 5 de junio y el 3 de julio de 2012 respectivamente y terminaron el 21 de agosto de 2012. Que fueron contratados como ayudantes de obra utilizando los elementos de la empresa, con un salario de \$566.700 labor que realizaban en un horario de 7 am a 4 pm, lo que era controlado mediante planilla y que recibían instrucciones de representantes del CONSORCIO LUZ. Menciona que la beneficiaria de los servicios prestados era la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL-UMV y a la terminación de los contratos de trabajo no les cancelaron 21 días de salario del mes de agosto de 2012, primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y no fueron afiliados a seguridad social. Afirma que presentaron reclamación ante la SECRETARÍA DE MOVILIDAD DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE MANTENIMIENTO VIAL y ante el CONSORCIO LUZ para el pago de las acreencias laborales.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, se notificó a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Las accionadas contestaron la demanda de la siguiente manera:

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV**, en los términos del escrito visible a fls. 63 a 84.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda, pero manifestó atenerse a lo probado en el proceso.
- Aceptó el contrato con el CONSORCIO LUZ conformado por las empresas demandadas y el objeto del contrato, así como la reclamación presentada por los demandantes y negó o manifestó no constarle los demás hechos.

- Formuló como excepciones previas las de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, prescripción y falta de reclamación administrativa (fls. 140 a 148) y como excepciones de fondo las de falta de reclamación administrativa por no cumplir los requisitos de ley, prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe de los demandantes y la genérica.

Mediante auto del 14 de junio de 2016 se rechazó el llamamiento en garantía de la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** y se designó Curado Ad-litem a las demandadas CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS.

El curador Ad-litem de las demandadas CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS contestó la demandada como se observa a folios 240 a 247.

- Se opuso a las pretensiones
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, ausencia de relación laboral, ausencia de relación contractual, compensación y la genérica.

Mediante auto del 28 de enero de 2019 (fl.337) se tuvo por contestada la demanda por el Agente Liquidador de ASFLATOS LA HERRERA SAS EN LIQUIDACIÓN y admitió la reforma de la demanda vista a folios 321 a 329; reforma que no fue contestada por ninguna de las demandadas.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: Declarar que entre el señor José Ernesto Leguizamón Alfaro y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial existió un contrato de trabajo entre el 5 de junio y el 21 de agosto del 2012.

SEGUNDO: Declarar que entre el señor Tito Javier Bermúdez Huertas y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial existió un contrato de trabajo desde el 3 de julio hasta el 21 de agosto de 2012.

TERCERO: Condenar a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial a pagar a cada uno de los demandantes la suma de \$7.707.120 pesos por concepto de indemnización moratoria

CUARTO: Declarar no probada la excepción de prescripción

QUINTO: Declarar que Cortázar y Gutiérrez Limitada y Asfaltos La Herrera SAS son solidariamente responsables de las condenas impuestas a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial

SEXTO: Absolver a las encartadas de las demás pretensiones incoadas en su contra

SEPTIMO: Condenar en costas a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, a Cortázar y Gutiérrez Limitada y Asfalto La Herrera SAS, liquídese con la suma de 900.000 pesos como agencias en derecho.”

Llegó a esta conclusión al encontrar que los demandantes prestaron sus servicios al CONSORCIO LUZ quien actuó como un simple intermediario al tenor de lo dispuesto en el artículo 35 del C.S. del T., en razón a lo cual las empresas demandadas deben responder solidariamente, para lo cual tuvo en cuenta que los testigos eran conocedores por haber presenciado los hechos, ser compañeros de trabajo de los demandantes y por ser sus declaraciones coincidentes y coherentes entre sí. Señaló que se acreditó el cumplimiento del requisito de procedibilidad frente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REPARACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y conforme las pruebas allegadas al expediente, por lo que era procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y el Consorcio Luz por lo que al no tratarse de una persona jurídica la condena se imponía a las que lo conforman, pero observando que existió un pago por las acreencias laborales sólo condenó a las demandadas al pago de la sanción moratoria por la suma de \$7.707.120,00, para cada uno, dado que no encontró probada razón para justificar la mora en el pago de las prestaciones, pero solo hasta la fecha en que se efectuó el pago de las acreencias adeudadas, teniendo en cuenta el plazo de 90 días para que la demandada cancelara las acreencias laborales. Respecto a la responsabilidad de la UAERMV frente a los demandantes señaló que existe copia del contrato suscrito entre la UAERMV y EL CONSORCIO LUZ, conformado por CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA Y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S, por lo que consideró que es claro, que las labores realizadas por los demandantes no son extrañas a las actividades normales de la UAERMV, por lo que la declaró solidariamente responsable por haber sido beneficiaria de la labor ejecutada por los demandantes.

Recurso de apelación

Parte demandante. – Manifestó en cuanto al proceso 2014-221 que siendo la Unidad de Mantenimiento Vial el verdadero empleador, lo ubica en la figura de intermediación laboral que está expresamente prohibida por la ley y por tanto no se puede derivar la buena fe del incumplimiento de una norma legal y que no es viable aceptar la posición del despacho en el cual se hacen unos cálculos y resultan unas cifras irrisorias de acuerdo a lo que se está dando como pagado, lo que no puede imputarse directamente a la parte prestacional porque existen salarios pendientes de pago. Solicita se revisen los pagos que se están imputando dentro del proceso y se acceda al pago de la indemnización moratoria, tal como está consignado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ya que el pago parcial nunca pararía la indemnización moratoria, la que debe proceder hasta el día en que se evidencie el pago total de acreencias y salarios debidos a los demandantes.

Parte demandada:

Unidad de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.- Específicamente para el caso de este proceso, argumentó que no se presentan los supuestos procesales para poder declarar un contrato realidad y mucho menos declarar a los demandantes como trabajadores oficiales de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial. En cuanto a la sanción moratoria impuesta considera que se realizó la liquidación y el pago sin corresponderle efectuarlos, por lo que solicita se declare empleador directo a ASFALTOS LA HERRERA SAS sin responsabilidad de la Unidad de Mantenimiento Vial como quiera los demandantes fueron trabajadores de dicha empresa.

Asfaltos La Herrera SAS. – Manifestó que el despacho no tomó en consideración que Asfaltos La Herrera SAS integrante del Consorcio Luz está actualmente en proceso de liquidación, lo que era fundamental a la hora resolver las pretensiones de los aquí demandantes ya que en estos casos hay dos procedimientos que se deben hacer para el pago de acreencias laborales, el primero es el consagrado en la

Ley 1116 de 2006 que dice que se deben hacer parte dentro del proceso concursal, lo que no sucedió en el proceso y que no se tomó en cuenta, y que de acuerdo a lo preceptuado en el Decreto 3334 cuando una sociedad está en liquidación se tiene que notificar de manera personal y se deben suspender los procesos judiciales, situación que tampoco se dio. Que al no darse esa situación se configura el fenómeno de la prescripción porque tal y como lo establece el C.G.P. aceptada la demanda se cuenta con un año para notificar a las partes y si no se hace, se toma como termino de interrupción de la prescripción la fecha de notificación al agente liquidador de Asfaltos la Herrera que fue en el año 2018, lo que implica que pasaron más de 3 años y que por lo tanto existió una prescripción a favor de Asfaltos La Herrera SAS. Señala que cualquier tipo de condena es irreal porque no se hicieron parte del proceso de liquidación y en la actualidad con los activos que cuenta Asfaltos La Herrera SAS se pagará una deuda más o menos de \$4.000.000.000 de pesos, lo que trae consigo pues que la presente sentencia no se puede hacer efectiva.

La Previsora S.A Compañía de Seguros. - Si bien interpuso el recurso de apelación lo hizo frente al proceso 2014-317, pues en el proceso 2014-221 se rechazó el llamamiento en garantía mediante auto del 14 de junio de 2016 (fl. 209) por no haber sido subsanada la solicitud como se ordenó en auto del 15 de enero de 2016 (fl. 195), razón por la que no se tiene en cuenta su apelación en relación con este proceso.

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

Parte demandante: solicita se verifiquen los valores liquidados y se tengan en cuenta los aportados en la demanda, igualmente que se condene respecto de la indemnización moratoria debido a que las demandadas realmente actuaron de mala fe al saber los valores que debían y simplemente hicieron abonos mínimos, que no cubrían la totalidad de lo adeudado, una vez se hizo la reclamación administrativa y no cuando se terminó la relación laboral. Además, la UMV y el consorcio luz pueden ser declarados ambos verdaderos empleadores y al otro por consiguiente como solidariamente responsable. También habla de la prescripción y dice que la demora

en la notificación de la demanda no es por causa del actor sino causas ajenas a este, y su labor la hizo en tiempo

Parte demandada: La UAERMV pide se revoque la decisión proferida y se absuelva a esta en razón a que actuó de buena fe, además esta entidad no tenía una relación laboral con los trabajadores ni ejercía control de estos, simplemente tenía una relación contractual civil con el Consorcio Luz, el cual era empleador de los trabajadores y al no cumplir sus obligaciones este último procedió la Unidad a fungir como mero pagador del consorcio con el saldo determinado en la liquidación unilateral del contrato civil. Además, manifiesta que esta no es beneficiaria de la labor contratada y no existe tampoco la solidaridad de esta respecto del Consorcio Luz por lo que debería responder este como empleador directo o en su defecto la compañía aseguradora con la que el consorcio tiene una póliza para pagar las obligaciones a su cargo.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial

Verdadero empleador.- Considera en su recurso que no se presentan los supuestos procesales para declarar la existencia de un contrato realidad y mucho menos para declarar a los demandantes como trabajadores oficiales de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, por lo que solicita se declare empleador directo a ASFALTOS LA HERRERA SAS sin responsabilidad de la Unidad de Mantenimiento Vial.

Lo primero que se observa por la Sala es que no ha sido objeto de controversia por ninguna de las partes que los actores prestaron sus servicios para el Consorcio Luz por los periodos de tiempo indicados en la sentencia, como tampoco la labor desempeñada conforme al contrato 013 del 10 de marzo de 2011 suscrito con la UAERMV ni el salario devengado por ellos, por lo que acreditada la existencia de la relación laboral entre los actores y el Consorcio Luz y la labor desempeñada en cumplimiento del mencionado contrato.

Al respecto, observa la Sala que no puede concluirse que la UAERMV fue la empleadora como se indicó en la sentencia recurrida, porque el CONSORCIO LUZ al ser un contratista independiente realizó la contratación y desvinculación de los demandantes sin intervención de la UAERMV conforme al contrato civil de obra suscrito entre las demandadas y ellos prestaron sus servicios bajo su subordinación ya que conforme a los testimonios de Maximiliano Saiz López, Humberto Otálora y Aristóbulo Gonzales Garzón, el Consorcio Luz los contrató, los supervisaba, les pagaba sus salarios y las afiliaciones a seguridad social y al ellos le hicieron las reclamaciones inicialmente hasta que se acabaron las oficinas, razón por la que el verdadero empleador era el CONSORCIO LUZ.

No obstante, existe una responsabilidad de las empresas que conforman el Consorcio y de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL conforme a la sentencia SL – CSJ SL14692-2017, que señala respecto de la solidaridad, lo siguiente:

"Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador. Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos. "Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado".

Ahora, la demandada UARMV, es una Unidad Administrativa Especial del orden distrital del Sector Descentralizado, adscrita a la Secretaría Distrital de Movilidad, la cual tiene como objeto: *"Programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar el mantenimiento de la malla vial local construida de la ciudad y la atención de situaciones imprevistas que dificulten la movilidad"*. Y entre sus funciones (Acuerdo No. 010 del 12 de octubre de 2010 – art. 3 Numerales 3 y 4) se encuentran las de *"Programar y ejecutar las acciones de mantenimiento y aquellas que sean necesarias para atender las situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en la red vial de la ciudad."*

En virtud de las funciones de la UAERMV, las demandadas suscribieron el contrato No 113 del 10 de marzo de 2011 cuyo objeto era la *"ejecución de actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y actividades requeridas en las sedes operativas de la UMV"* contratación que abarca aspectos propios del objeto misional

de la entidad demandada y que fueron ejecutados por el Consorcio Luz, con sus trabajadores y bajo su subordinación, pero para la beneficiaria de la obra y en labores que no son extrañas a sus actividades normales, por lo que se da la responsabilidad establecida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo respecto de la UAERMV.

Por lo expuesto se revocarán los ordinales primero y segundo de la sentencia recurrida para en su lugar declarar que existió un contrato de trabajo entre los demandantes y CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS en liquidación judicial como integrantes del CONSORCIO LUZ; y el ordinal cuarto para CONDENAR a la UAERMV de manera solidaria al pago de las condenas impuestas.

Indemnización moratoria.- En cuanto a que realizó los pagos aunque no era su obligación dado que no era la verdadera empleadora, es necesario resaltar conforme a la solidaridad que se ha declarado, que el haber efectuado el pago, no la exime de la indemnización moratoria declarada en el proceso, pues no obra en el proceso prueba que permita concluir que actuó de buena fe, toda vez que efectuada la reclamación por los demandantes no ordenó el pago sino hasta la expedición del Acta no. 039 del 16 de julio de 2013; pero adicionalmente, es de resaltar que la excepción de buena fe no fue propuesta en la contestación de la demanda, por lo que se mantendrá la decisión de primera instancia.

Parte demandante.

Pagos efectuados a los demandantes.- Considera que no es viable aceptar la posición del despacho en el cual se hacen unos cálculos y resultan unas cifras irrisorias de acuerdo a lo que se está dando como pagado, lo que no puede imputarse directamente a la parte prestacional, por lo que solicita se revisen los pagos que se están imputando dentro del proceso y se acceda al pago de la indemnización moratoria, tal como está consignado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ya que el pago parcial nunca pararía la indemnización moratoria, la que debe proceder hasta el día en que se evidencie el pago total de acreencias y salarios debidos a los demandantes.

Dentro de las pretensiones de la demanda se encontraba el pago de salarios del 1º a 21 de agosto de 2012, primas, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones por el periodo comprendido entre el 5 de junio y el 21 de agosto de 2012 y entre el 3 de julio y el 21 de agosto de 2012 respectivamente para cada uno de los demandados.

Conforme a las certificaciones obrantes a folios 18 y 20 los demandantes devengaban un salario de \$566.700 mensuales, por lo que en esos términos se procedió a efectuar la liquidación de las acreencias laborales reclamadas y a comparar el resultado obtenido con el valor pagado por la UAERMV como se observa a folios 120 anverso y 121, otrosí al Acta de Liquidación del Contrato de obra 113 de 2011, no se observa que falte valor alguno pendiente por cancelar, contrario a lo indicado en el recurso de apelación, razón por la que solo procedía el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S. del T., como en efecto lo dispuso el A-quo

Indemnización Moratoria.-

Conforme a lo anterior, corresponde entonces a las demandadas en forma solidaria el pago de la indemnización moratoria y para resolver se tendrá en cuenta que este aspecto también fue objeto de impugnación por las demandadas.

Para el caso en estudio procede la indemnización moratoria en los términos de que trata el artículo 65 del C.S. del T., y no conforme al artículo 1º del Decreto 797 de 1949 como se realizó en la primera instancia, por lo que no se tendrá en cuenta el plazo de 90 días para su pago y en consecuencia se ordena el pago de la indemnización moratoria desde el 23 de julio de 2012, día siguiente a la terminación de los contratos de trabajo y hasta el 9 de enero de 2014 fecha de pago de las acreencias laborales a razón de \$18.890, diarios por lo que se debe modificar el numeral tercero de la sentencia en cuanto al valor a cancelar por concepto de la indemnización moratoria la suma de \$9.501.670 para cada uno de los demandantes.

Asfaltos La Herrera SAS. – Manifestó que no se tuvo en cuenta que Asfaltos la Herrera SAS integrante del Consorcio Luz está actualmente en proceso de liquidación y de acuerdo a lo preceptuado en el Decreto 3334 cuando una sociedad está en liquidación se tiene que notificar de manera personal y se deben suspender los

procesos judiciales, situación que no se dio y por ello se configura el fenómeno de la prescripción porque tal y como lo establece el Código General del Proceso aceptada la demanda se cuenta con un año para notificar a las partes y si no se hace se toma como termino de interrupción de la prescripción la fecha de notificación, la que fue en el año 2018, lo que implica que pasaron más de 3 años y que por lo tanto existió una prescripción a favor de Asfaltos la Herrera SAS.

Señala que cualquier tipo de condena es irreal porque no se hicieron parte del proceso de liquidación y en la actualidad con los activos que cuenta Asfaltos La Herrera SAS se pagará una deuda más o menos de \$4.000.000.000 de pesos, lo que trae consigo que la presente sentencia no se pueda hacer efectiva.

En cuanto a que la sociedad estaba intervenida y que el demandante no se hizo parte dentro del proceso de liquidación, alegando la condición de acreedor litigioso, es necesario tener en cuenta que es responsabilidad del liquidador efectuar una reserva para atender las obligaciones originadas en sentencias condenatorias que se profieran incluso con posterioridad a la liquidación y en consecuencia, no por ello se puede eximir del pago de las prestaciones adeudadas a sus trabajadores que en el caso en particular debieron ser incluidas en el pasivo de la empresa al momento de iniciarse la liquidación de la sociedad puesto que conocía perfectamente que se encontraban pendientes de pago las acreencias de los trabajadores del consorcio Luz del que formaba parte.

En cuanto a la prescripción, se resalta que Asfaltos La Herrera fue emplazada y se notificó a través de Curador Ad-litem, por lo que la notificación que se efectuó al agente liquidador se hizo con posterioridad a la contestación de la demanda por parte del Curador ad-litem, quien no propuso la excepción de prescripción y la representada tomaba el proceso en el estado en que se encontraba para ese momento, por lo que no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una nueva excepción de mérito.

Acorde con lo expuesto, se condenará a las demandadas a pagar en forma solidaria la suma de \$9.501.670 para cada uno de los demandantes para lo cual se tomó como fecha inicial el 21 de agosto de 2012 y la fecha de pago de las prestaciones el 9 de enero de 2014, fecha esta ultima que no ha sido objeto de controversia.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de las demandadas recurrentes. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho a cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, respecto de los ordinales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, los que quedarán de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JOSÉ ERNESTO LEQUIZAMON ALFARO y CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS existió un contrato de trabajo entre el 5 de junio y el 21 de agosto de 2012

SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor TITO JAVIER BERMUDEZ HUERTAS y CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS existió un contrato de trabajo entre el 3 de julio y el 21 de agosto de 2012.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, ASFALTOS LA HERRERA SAS a pagar a cada uno de los demandantes la suma de \$9.501.670 por concepto de indemnización moratoria.

QUINTO: DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL es solidariamente responsable de las condenas impuestas a CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS.

SEGUNDO. - : CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo de las demandadas recurrentes. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho a cada una de ellas.

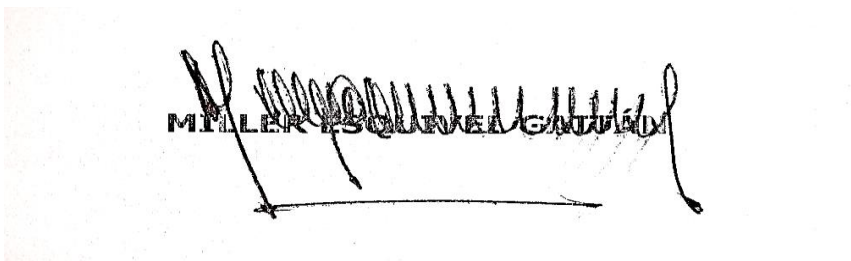
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILLIAM ALEXANDER HERRERA OLAYA CONTRA BAVARIA S.A. Y OTROS. Rad. 2015 – 01025 01. Juz. 24.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

WILLIAM ALEXANDER HERRERA OLAYA demandó a BAVARIA S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 2 a 4.

PRINCIPALES:

- Se declare la existencia de un contrato realidad desde el 10 de septiembre de 2009
- Se declare que el demandante gozaba de fuero circunstancial por la existencia del conflicto colectivo
- Se declare la violación al derecho de asociación sindical
- Se condene a la demandada al reintegro del actor al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual categoría por gozar de fuero circunstancial
- Se condene al pago de salarios desde el despido el 30 de septiembre de 2013 hasta el reintegro efectivo
- Se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones y aportes a seguridad social desde el momento del despido hasta el reintegro
- Se condene al pago de la diferencia salarial entre lo pagado y lo que le correspondía
- Costas.

SUBSIDIARIAS:

- Indemnización desde el 10 de septiembre de 2009 con el salario que BAVARIA paga a quienes realizan la labor de montacarguista
- Moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Sanción del artículo 99 de la Ley 50/90

- Auxilio de 6 meses de salario por haber despedido al actor sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.

Los hechos de la demanda se describen a fls 4 a 6. Manifiesta que el actor se vinculó con BAVARIA S.A. el 10 de septiembre de 2009 a través de ALIANSERVICIOS SAS en el cargo de montacarguista con un salario de \$862.000 mientras que BAVARIA tiene asignado a este cargo un salario de \$2.300.000. Señala que el 30 de junio de 2011 fue reubicado por problemas de salud como auxiliar de archivo con el mismo salario cuando el salario que BAVARIA tiene fijado para este cargo es de \$2.300.000. Afirma que el actor cumplía horario de trabajo en las instalaciones de BAVARIA y cumplía órdenes de los jefes de BAVARIA. Indica que el actor es afiliado a ASOTRAINCERV, asociación que presentó a BAVARIA un pliego de peticiones que no se ha resuelto a la fecha de presentación de la demanda y que a la terminación del contrato no le comunicó a la organización sindical su despido. Que en la empresa BAVARIA existe un intermediario denominado SUPPLA S.A. a través del cual programa los horarios de trabajo y las ordenes mediante correos electrónicos. Que le retuvieron las prestaciones por más de 20 días y que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada BAVARIA S.A., contestó la demanda conforme al escrito que obra a folios 178 a 202 de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Negó o manifestó que no le constaban los hechos salvo que no informó al sindicato la terminación del contrato.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad laboral, falta de título y ausencia de causa en el demandante, buena fe, compensación, inexistencia del conflicto colectivo e inexistencia del fuero circunstancial.

Mediante auto del 12 de junio de 2017 (fl. 205) se ordenó integrar el litis consorcio con ALIANSERVICIOS S.A.S, GESTIONAR, ALMACENAR S.A. ALMAGRAN Y SUPPLA S.A. y mediante auto del 4 de febrero de 2019 (fl. 233) declaró a SUPPLA S.A. antes ALMAGRAN S.A. como sucesora procesal de ALMACENAR S.A. y excluyó del proceso a ALIANSERVICIOS S.A.S. Y A GESTIONAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO.

Una vez notificada SUPPLA S.A. dio respuesta a la demanda como se observa a fls 243 a 260:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación reclamada, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada BAVARIA S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones. Igualmente absolvió a SUPPLA S.A. de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Encontró la juez de primera instancia que conforme a las pruebas allegadas al proceso el demandante no logró acreditar la prestación personal del servicio a BAVARIA, aunque acorde con el único testigo el actor tenía el cargo de operario de montacargas y auxiliar administrativo en las instalaciones de la planta de Bavaria, ello era acorde con el contrato de asociación suscrito con la empresa SUPPLA S.A. quien era contratista independiente y tenía libertad para suscribir contratos comerciales. Señaló que el hecho de portar un carné de Bavaria no lo hacía trabajador de Bavaria ya que estaba vinculado con las entidades acreditadas en el proceso en actividades de operación logística, las que no corresponden al giro ordinario de los negocios de Bavaria y por ello fueron contratados con SUPPLA S.A. En cuanto a los correos electrónicos señaló que conforme a la jurisprudencia se debe tener certeza sobre su autenticidad lo que no sucedió en este caso donde no es posible verificar la procedencia respecto de funcionarios de BAVARIA, y aceptó la tacha del testigo Darío Ferreira por cuanto en su declaración hizo apreciaciones personales y demostró parcialidad, razones por las que absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Recurso de apelación

El apoderado de la **parte demandante** manifiesta su inconformidad con la decisión tomada en primera instancia para lo cual argumentó que el juzgado dio credibilidad a los contratos incluso a un contrato de marzo de 2015 cuando el actor ya no estaba vinculado a las demandadas. Que ninguno de los contratos cumple con el pago de impuestos para tener certeza de que son legales, por lo que no tienen valor probatorio. Señaló frente a las fotografías que las demandadas no hicieron ninguna objeción por lo que el despacho no podía controvertir lo que no hicieron las demandadas a quienes les correspondía y no al despacho. Que el juzgado citó

jurisprudencias, pero no las aplicó y que el testigo Diego Ferreira no demostró parcialidad por el hecho de adelantar un proceso por las mismas pretensiones, toda vez que fue compañero del demandante en las instalaciones de Bavaria Techo. Que el juzgado desconoció que el representante legal de Bavaria confesó que el señor Álvaro Escobar era trabajador de BAVARIA y a ella le correspondía desvirtuar que los jefes inmediatos no eran trabajadores de BAVARIA y no al demandante. Señala que si bien existen documentos como prueba es porque en eso consiste el fraude de empresas como las demandadas que tiene más de 50 sentencias por este mismo tipo de contratos. Que los correos electrónicos no fueron objetados por la demandada por lo que no podía hacerlo el despacho y que la labor de montacarguista es permanente porque el objeto de BAVARIA es la venta del producto de cerveza y los montacargas son de propiedad de BAVARIA sin que el contrato de comodato aparezca en el expediente. Que el juzgado no hizo alusión a la enfermedad que padece el actor ni a la estabilidad laboral reforzada como tampoco respecto al conflicto colectivo existente.

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

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada: Solicita SUPPLA se confirme el fallo proferido y se condene en costas al actor debido a que este no probó haber tenido un vínculo laboral con la entidad SUPPLA ni con Bavaria ya que era trabajador de ALLIANSERVICIOS, quien canceló todas sus prestaciones laborales. Además de que la entidad SUPPLA no coordinó ni contrató el servicio del demandante, por lo que no sería un empleador ni intermediador en la relación laboral, e igualmente solo tenía un vínculo de carácter comercial con Bavaria

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*.

Parte demandante:

La apoderada de la parte demandante manifiesta su inconformidad con la decisión tomada en primera instancia en su totalidad, por lo que en primer lugar se pasa a

revisar si entre el actor y BAVARIA existió un contrato realidad entre las partes y en caso de prosperar se analizarán los demás puntos.

El contrato realidad tiene su origen en dos presunciones, por una parte, el artículo 24 del código sustantivo que reza: «Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.» y por otra parte, el numeral 2 del artículo 23 del código sustantivo del trabajo que expresa que: «Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.»

Como solicita la parte actora que se declare la existencia de un contrato realidad entre el actor y la empresa BAVARIA S.A., se revisan todas las pruebas allegadas al proceso por las partes respecto a la existencia de la prestación del servicio a BAVARIA para proceder a dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del C.S.T.

En relación con las fotografías que aportó la parte actora vistas a folios 26 a 33, debe decirse que si bien la demandada no objetó las fotografías, le corresponde al juez hacer un análisis de las pruebas allegadas en tiempo aunque no hayan sido objetadas por las partes sin que se encuentre sujeto a la tarifa legal, por lo que en los términos del artículo 61 del C.P.T., “formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito..” En consecuencia, la Sala encuentra que las fotografías no acreditan la existencia de la prestación del servicio del actor, pues conforme a ellas no puede establecerse que fueron tomadas dentro de las dependencias de BAVARIA o que el actor que se encontraba en las dependencias de BAVARIA S.A. en una mesa de trabajo realizando labores ordenadas por ella o por sus empleados.

Los correos electrónicos que indica el recurrente obran a fls. 35 a 40 y en ellos se observa lo siguiente:

- Correo de Almagran del 9 de junio de 2010 sobre cancelación de proceso de contratación de William Herrera, donde menciona que el asociado informó que no desea firmar contrato con ALMAGRAN debido a que actualmente se encuentra en proceso de valoración médica por parte de la EPS dado que manifiesta que adquirió una enfermedad profesional en la CIA y solicita posponer la contratación.
- Correo de la misma fecha de EDWIN JAMES CARVAJAL HERRERA para JOSÉ ANTONIO CARMONA, JULIO CESAR GÓMEZ, CESAR AUGUSTO ARIAS sobre la

cancelación proceso de contratación de William Herrera. En el que no se puede determinar su procedencia ni a cuál empresa se dirige.

- Correo de la misma fecha de ALMAGRAN – ALMACENAR sobre un pago al demandante.
- tres correos de SUPPLA-BAVARIA sobre nuevos controles capacitación SOX el 24 de agosto de 2013 no dirigido al correo del demandante.

En relación a su valoración como prueba destacó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5246-2019 que *"su valor probatorio está sujeto a la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la conservación de la integridad de la información, la manera en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente, según lo previene el artículo 11 de la Ley citada, a la vez que su apreciación está supeditada a las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la valoración de los medios de persuasión."*

Los correos electrónicos al igual que las pruebas fotográficas no fueron tachadas por la parte demandada por lo que acorde con la sentencia citada pueden ser analizadas conforme a las reglas de la sana crítica; sin embargo, de esta probanzas no puede concluirse la prestación del servicio por parte del actor a BAVARIA, pues es claro que el demandante manifestó a ALMAGRAN que no deseaba continuar con el contrato de trabajo que tenía con ella y las comunicaciones para los nuevos controles de capacitación no permiten concluir que prestaba sus servicios en BAVARIA toda vez que fueron citados por SUPPLA S.A. para otros correos diversos pero no al demandante.

En cuanto a las indicaciones que obran a folios 41 a 45 que señala el correo visto a folio 40, es de resaltar que dicho correo proviene de Fernando Vidal Romero Acevedo sin que se pueda determinar el cargo o empresa a la que pertenece y no va dirigido al demandante, por lo que nada aporta respecto a la existencia de la prestación del servicio.

A folio 48 se observa el acta para la entrega de tarjeta de identificación y control de acceso que cuenta con el membrete de Bavaria, aunque sin firma alguna de la empresa; sin embargo, como tampoco fue tachado por la demandada se puede concluir de ella, que se entregó al demandante una tarjeta de identificación y control para el paso de controles del sistema de control de acceso a la Cervecería de Bogotá.

A folio 49 obra acta de ALMAGRAN con firmas y sellos de la empresa sobre reubicación laboral del actor al área de "SOX- revisión documental" de la empresa a partir del 30 de junio de 2011 y a folio 50 obra comunicación de ALIANSERVICIOS

S.A.S. donde le notifican al actor que conforme a la comunicación telefónica le confirman la no obligación de presentarse a laboral a partir del 28 de agosto de 2013 sin que “ello implique la pérdida de sus derechos laborales o reconocimientos económicos y sin que se modifique la terminación del contrato el 30 de septiembre de 2013” y que la empresa continuaría realizando los pagos quincenales.

Los días 23 y 26 de agosto de 2013 se comunicó al demandante por parte de ALIANSERVICIOS S.A.S el preaviso y la terminación del contrato el 30 de septiembre de 2013 (fl. 51), contrato que obra a folio 52 y conforme al cual el actor fue contratado por IN-OUTSOURCING ALIAN SAS para desempeñarse como Auxiliar operativo Montacarga con un salario de \$746.640 a partir del 1º de octubre de 2011, sin que se indique en el contrato que prestaría sus servicios a BAVARIA como beneficiaria o en sus instalaciones.

A folio 54 obra comunicación de GESTIONAR Cooperativa de Trabajo Asociado a ALMACENAR el 10 de diciembre de 2010 respecto de recomendaciones laborales del demandante y a folio 55 la mencionada Cooperativa le comunica al actor el 23 de febrero de 2010 que el valor de su compensación como asociado fue aumentada; y el 28 de septiembre de 2011 GESTIONAR acepta su renuncia como asociado.

Conforme a la certificación aportada por el demandante, vista a folio 58, se hace constar por parte de GESTIONAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO que el señor WILLIAM ALEXANDER HERRERA OLAYA fue asociado a la cooperativa desde el 1º de junio de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2011 y que prestaba sus servicios en la empresa SUPPLA S.A. por medio de convenio de asociación como auxiliar operativo montacargas.

Las documentales siguientes hacen relación a recomendaciones médico-laborales, pero ninguna se dirigió a la demandada o le comunicó las recomendaciones médicas a BAVARIA S.A.

Con la certificación del 7 de febrero de 2011 (fl. 66) se tiene que el actor prestaba sus servicios a ALIANSERVICIOS S.A.S mediante contrato a término fijo desde el 1º de octubre de 2011 hasta el 1º de febrero de 2013 como auxiliar operativo de montacargas con un ingreso de \$862.502 en la empresa SUPPLA.

Por su parte BAVARIA aporta con la contestación de la demanda los contratos de operación logística No. 2011-00208 suscrito el 24 de marzo de 2011 y el contrato F13-01062 suscrito el 13 de marzo de 2013 vigentes durante el periodo indicado en la demanda, esto es entre el 10 de septiembre de 2009 y el 30 de setiembre de

2013, conforme a los cuales BAVARIA S.A. suscribe, inicialmente con ALMAGRAN S.A. y posteriormente con SUPPLA S.A., contratos cuyo objeto fue el servicio de operación logística de productos y empaques, trasiego de botellas, reempaque de productos, aseo del centro de distribución, servicio dominical, remonte y desmonte de vehículos de distribución. (fls. 131 a 146) en los cuales el operador se compromete a destinar personal calificado (fl.162) bajo su dependencia y dirección y certificar la idoneidad del personal designado; así mismo, instruir a su personal en el cumplimiento de las normas de control interno que por seguridad y control ha establecido la Empresa. En estos contratos se establecen tarifas por caja despachada, por caja remontada o desmontada, por reempaque, por revisión de cajas, por botella trasegada, caja alista, estiba reparada y tonelada cargada o descargada.

A folio 175 BAVARIA S.A. certifica que el actor no figura como trabajador de BAVARIA y que en la empresa no existe el cargo de OPERARIO DE MONTACARGAS ni el de AUXILIAR DE ARCHIVO.

SUPPLA S.A. por su parte aportó los contratos antes mencionados y adicionalmente el contrato 2010-00142 con vigencia desde el 8 de marzo de 2010 (fl. 263 a 276) con el mismo objeto que los anteriores y la decisión en la acción de tutela interpuesta por el accionante en contra de BAVARIA S.A., ALIAN SERVICIOS SAS U SUPPLA S.A. para obtener el reintegro por salud ante el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá y la decisión proferida por el Juzgado 10 Civil del Circuito que negaron el amparo constitucional. (fl. 304 a 309)

A continuación, se pasa a revisar la única prueba testimonial que fue allegada al proceso y que fue mencionada en el recurso, cuya tacha de sospecha fue aceptada por la juez de primera instancia.

Respecto a la tacha de sospechoso de un testigo la Corte Constitucional en sentencia C790 de 2006 señaló: *"...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.*

No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia"

En este caso, el testigo Darío Aleizer Ferreira Yanguma, aceptó que ha presentado tres demandas contra BAVARIA con similares pretensiones y por fuero sindical, motivo por el cual se había propuesto la tacha por parte de las dos demandadas. Manifestó conocer al demandante en los puestos de trabajo en Bavaria desde el 2009 no sabe con cuál empresa ingresó el demandante, dice que la inducción era a través de Bavaria y las órdenes a través de los ingenieros Álvaro Escobar, Ramón Hernández y John Osorio que eran trabajadores directos de BAVARIA y lo sabe porque el carné de ellos decía analista de depósito de Bavaria y el de los demás tenía el nombre de la temporal y BAVARIA TECHO. Él estuvo en varias sedes antes y el actor solo en BAVARIA TECHO desde el 2009, donde había líneas de producción y con el montacargas se cargaban los carros y se descargaban los que venían de otras plantas. Dice que el demandante estaba en las líneas de producción o de envase según lo determinara los Ingenieros Ramón Hernández, John Osorio o Álvaro Escobar. Que a lo último lo reubicaron para revisión de documentos, pero no conoce el proceso y el jefe era Reinaldo Lara, que estaba en las mismas instalaciones lo que sabe porque se lo comentó el demandante y asume que fue BAVARIA la que lo reubicó, pero él nunca fue al lugar donde estaba el demandante. Informa que antes de entrar a turno citaban a todos los trabajadores 15 minutos antes con los ingenieros para que la operación saliera bien. Dice que había muchas otras personas que laboraban allí pero no sabe cómo estaban vinculados y no se acuerda como eran los carnés de ellos, dice que BAVARIA le pagaba a la intermediaria porque ella era la que se beneficiaba de sus servicios, aunque no vio ningún documento; que había muchas empresas intermediarias y no sabe con cuál estaba el demandante. Dice que las intermediarias no tenían oficinas en BAVARIA y los reclamos los entregaban al ingeniero de turno que tenía oficinas allí como analistas de depósito. Que el combustible del montacarga lo cargaban otros empleados de BAVARIA y el ingeniero JHON OSORIO. Dice que el demandante siempre prestó sus servicios en BAVARIA, aunque no recuerda hasta cuando estuvo en BAVARIA TECHO, pero que había turnos en que coincidían con el demandante y otros no. Respecto a las demás empresas manifiesta que había muchas intermediarias y asume que la empleadora era BAVARIA porque todo era de BAVARIA. Dice que los montacargas eran de BAVARIA porque tenían su logo, aunque no vio documentos de propiedad. Respecto del pago a seguridad social no le consta quien lo pagaba. Dice que hay querellas por el pliego de peticiones, lo que sabe porque él era de la Subdirectiva de la Seccional Bogotá del sindicato de industria, pero no sabe si el actor era del sindicato. Dice que BAVARIA tenía muchas empresas que suministraban alimentación y transporte en la empresa pero que ellos tenían derecho a 2 comidas y eran autorizadas por el ingeniero. No vio la historia clínica del demandante, pero dice que todos los que manejan montacargas tienen problemas degenerativos de columna y no sabe si lo

han calificado. No conoce cuándo terminó el contrato del demandante, pero dice que en el 2015 porque los sacaron a todos por la creación del sindicato, aunque ya no estaba con el demandante y no se acuerda desde cuando no estuvo como montacarguista. Que la dotación era igual para todos y quien se la entregó no tenía carné.

Es de tener en cuenta que el testigo no fue claro y coherente en su declaración, pues si bien manifestó que el actor prestaba sus servicios en la sede de BAVARIA TECHO desde el 2009, lo cierto es que el mismo manifiesta que no recuerda desde cuando no estuvo como montacarguista, y que existían allí diversas empresas contratistas y no sabe con cual estaba vinculado el demandante; igualmente dice que el demandante fue reubicado por parte de BAVARIA lo cual es contrario a la documental que obra a folio 49 que demuestra que fue ALMAGRAN quien lo reubicó; también dice que BAVARIA lo reubicó en otro lugar pero nunca lo vio en dicho sitio. En consecuencia, de su declaración se puede concluir que desde la fecha de reubicación. 30 de junio de 2011 el declarante no coincidió con el actor en BAVARIA TECHO y no se desempeñó como montacarguista. Igualmente indica que el contrato terminó para todos en el año 2015 por la creación del sindicato y acorde con la documental que obra a folio 52 la vinculación terminó el 30 de septiembre de 2013, lo cual no ofrece credibilidad respecto al conocimiento que el declarante tenía en cuanto a la prestación del servicio por parte del demandante. En cuanto a que eran los ingenieros de BAVARIA quienes daban ordenes al demandante, no es creíble puesto que desde mediados de 2011 no conoce el sitio donde el actor se desempeñaba y cree que continuó laborando hasta el 2015 cuando desde el 2013 el actor no lo hacía.

Así las cosas, como al demandante le correspondía demostrar los supuesto de hechos en que funda sus pretensiones, en este caso la prestación personal del servicio a BAVARIA, para que se invirtiera la carga de la prueba y le correspondiera a la demandada demostrar que no existía el contrato realidad, lo cual no hizo, no es posible que puede declararse la existencia del contrato realidad deprecado, puesto que de la prueba documental no se acredita la prestación del servicio a BAVARIA y el único testigo de la parte demandante no fue claro y creíble en su testimonio, desconociendo los hechos o incluso en contradicción con las demás pruebas.

Ahora, respecto a la enfermedad que padece el actor, la estabilidad laboral reforzada y la existencia de un conflicto colectivo con BAVARIA, es necesario señalar que como la demanda se presentó únicamente contra BAVARIA y estas pretensiones dependían de que se declarara probada la existencia del contrato realidad con

BAVARIA, no es procedente resolver sobre estos aspectos por cuanto dependían del reconocimiento de la existencia del contrato deprecado.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ en todas sus partes la sentencia apelada.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

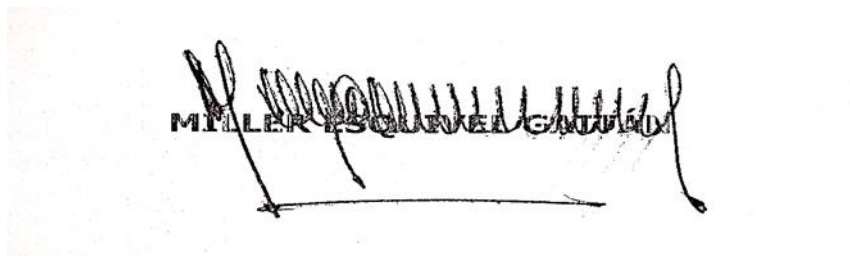
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS EDUARDO GOMEZ CONTRERAS
contra INDUSTRIAS GAMMA MACHETA HERMANOS LTDA. Rad. 2016 –
00447 01. Juz. 39.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUIS EDUARDO GÓMEZ CONTRERAS demandó a INDUSTRIAS GAMMA MACHETA HERMANOS LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 6 a 7.

- Declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de octubre de 1999 a la fecha.
- Culpa patronal en las patologías que padece el demandante
- Evasión en la responsabilidad de afiliar al trabajador a seguridad social
- Responsabilidad en las prestaciones económicas por el accidente sufrido por el trabajador el 16 de noviembre de 2012, perjuicios morales, daños a la vida de relación
- Pensión de invalidez o en subsidio la indemnización del Decreto 2644 de 1994
- Pago de cesantías
- Indemnización moratoria
- Pago de aportes a seguridad social en pensión
- Facultades ultra y extra petita
- Indexación
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 1 a 5 y 102. Manifiesta la parte actora que el señor LUIS EDUARDO GÓMEZ CONTRERAS presta sus servicios a la empresa INDUSTRIAS GAMMA MACHETA HERMANOS LTDA desde el 1º de octubre de 1999 mediante contrato verbal desempeñando el cargo de "Operario de Máquina

Cantoneadora de vidrios” sin solución de continuidad hasta la fecha. Que el 16 de noviembre de 2012 sufrió un accidente de trabajo por trauma corto contundente en la zona V flexora de la mano izquierda, sección de arteria cubital, y herida en antebrazo izquierdo. Por lo que fue sometido a cirugías y terapias quedando con secuelas permanentes que inmovilizan su miembro superior izquierdo. Que la demandada nunca entregó los elementos de protección ni dio capacitación y al momento del accidente no tenía implementado programa de salud ocupacional. Señala que para la fecha del accidente el trabajador no estaba afiliado a seguridad social y fue atendido a través del régimen subsidiado en salud y solo fue afiliado en enero de 2013. Manifiesta que no le cancelaron las cesantías y que su salario actual es de \$700.000.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito visible a fls. 111 a 117.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la existencia de varios contratos pero por diferentes periodos, aceptó el accidente de trabajo, la inexistencia del Copaso y del Reglamento de higiene al momento del accidente y manifestó que no le constaban o no eran ciertos los demás.
- Propuso como excepciones previas la de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y prescripción. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia del contrato de trabajo, buena fe de la demandada, mala fe del demandante, prescripción, inexistencia de la obligación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual DECLARÓ la existencia de la relación laboral entre el señor LUIS EDUARDO GÓMEZ CONTRERAS e INDUSTRIAS GAMMA MACHETA HERMANOS LTDA, por los siguientes periodos:

- desde el 14 de abril de 1999 al 25 de julio de 2004
- desde el 1º de octubre de 2004 al 28 de mayo de 2005
- desde el 20 de diciembre de 2005 a la fecha.

Condenó a la demandada a realizar los siguientes pagos:

- La suma de \$1.239.500 por consignar erróneamente las cesantías.
- El pago de los aportes al sistema general de pensiones correspondientes a los siguientes periodos y sobre los salarios relacionados para cada año:

- Del 14 de abril de 1999 al 25 de julio de 2004
- Del 1º de octubre de 2004 al 28 de mayo de 2005
- Del 20 de diciembre de 2005 al 30 de mayo de 2007
- Del 1º de noviembre de 2007 al 28 de febrero de 2008
- Del 1º de septiembre de 2008 al 28 de febrero de 2013.

Declaró que el accidente de trabajo fue por causa imputable al empleador y por ello lo condenó al pago de perjuicios morales por la suma de \$8.281.116, así como al pago de la pensión de invalidez por el valor de 1 salario mínimo por trece mesadas anuales y un retroactivo actualizado a febrero de 2020 de \$83.772.676,30. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, y la condenó al pago de las costas del proceso. Llegó a esa determinación al advertir que la carga de la prueba estaba en cabeza del demandante y este solo logró acreditar la continuidad en la prestación de servicio por los 2 primeros periodos laborales contratados y los dos últimos, debido a que entre los lapsos trabajados no pasó ni un día, además respecto del tercer contrato observo que conforme a los llamados de atención aportados al proceso el inicio de este fue una fecha anterior a la consignada.

Respecto de la sanción del no pago de las cesantías la juez determinó ese valor debido a que el empleador realizó el pago de estas, pero directamente al trabajador, por lo que ordenó pagar los valores que se debían de las cesantías no prescritas. En lo relativo a la culpa patronal concluyó que la demandada no cumplió con las normas correspondientes a salud y seguridad social en el trabajo, ni medicina, higiene y seguridad industrial, así mismo que no reportó el accidente a las autoridades correspondientes ni ofreció al trabajador las capacitaciones correspondientes y no entregó la dotación completa y pertinente para la labor, por lo que quedó probado el nexo de causalidad con relación al accidente de trabajo que sufrió el trabajador y como consecuencia de esto además el reconocimiento de los perjuicios morales por los daños y patologías que presenta el actor, pero no respecto del daño de vida en relación debido a que no cumplió con su deber probatorio. Por otra parte, tuvo en cuenta el grado de invalidez y la omisión en la afiliación al sistema general de riesgos profesionales por parte de la demandada para condenar así a la responsabilidad de la accionada para asumir el pago de la pensión de invalidez la que reconoció a partir de la fecha del accidente.

Recurso de apelación

La apoderada de la parte demandada objeta la sentencia proferida en su integridad a excepción de lo dicho respecto de la prescripción de las cesantías. Adujo que se

probó que la relación laboral inicio el 1 de septiembre de 2006, lo que refutaría las condenas impuestas al pago de aportes a salud y a pensión. Así mismo, en relación con la indemnización plena de perjuicios dijo que la culpa no fue única y exclusiva por parte del empleador y que hubo una negligencia por parte del trabajador quien no cumplió con su deber objetivo de cuidado, que la aceptación de la fecha del accidente no significa que sea un accidente laboral, por lo que solicita que se haga una valoración de este. Por otra parte, que la pensión de invalidez no debería pagarse desde la fecha del accidente debido a que aplicaría la prescripción, sino desde el momento de la condena ya que el actor ha seguido laborando en la empresa y se le han estado pagando sus salarios.

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

Parte demandante: No presentó manifestación alguna en este momento.

Parte demandada: No se pronunció en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", y en consecuencia se analizará los siguientes puntos que son objeto de inconformidad por la parte demandada:

Extremos de la relación laboral.- Señala la parte demandada que se probó que la relación laboral inicio el 1 de septiembre de 2006, por lo que se pasa a revisar la contestación de la demanda y se tendrá en cuenta que fue un error de transcripción la relación como prueba de certificaciones laborales que se indicaron en la demanda (fl. 98).

La parte demandada en la contestación de la demanda aceptó parcialmente el hecho quinto de la demanda y manifestó que existieron varios periodos laborados por el actor de la siguiente manera:

- Del 14 de abril de 1999 al 14 de mayo de 2001
- Del 15 de mayo de 2001 al 25 de julio de 2004
- Del 1 de noviembre de 2004 al 28 de mayo de 2005
- Del 20 de diciembre de 2005 al 30 de agosto de 2006, y

- Del 1º de septiembre de 2006 a la fecha.

Esto se encuentra corroborado con la documental aportada por la demandada, en especial la que obra a folios 167 a 168, 169, 170 a 175, 187 a 189, 191, 192 a 200, que permiten concluir que el actor prestó sus servicios a la demandada durante los periodos que fueron indicados en la sentencia, pues se acreditó que los servicios fueron continuos entre el 14 de abril de 1999 hasta el 25 de julio de 2004; desde el 1º de octubre de 2004 al 28 de mayo de 2005 y desde el 20 de diciembre de 2005 a la fecha de la sentencia.

Por lo expuesto debe confirmarse el ordinal primero de la sentencia apelada.

Pago de aportes a pensión.- En concordancia con los periodos laborados que fueron probados en el proceso, es claro que procede la condena al pago de los aportes a pensión que no fueron cancelados, pues en el curso del proceso no probó la demandada como era su deber, haber efectuado el pago de los aportes pensionales, y conforme a la documental que obra a folio 249 a 251 solo se cancelaron los aportes a pensión a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS, por los periodos correspondientes a:

- Junio a octubre de 2007
- Abril a agosto de 2008.
- Y los posteriores a febrero de 2013

Por este motivo, la demandada adeuda el pago de los aportes a pensiones que se indicaron en la sentencia recurrida en la que se tuvieron en cuenta los periodos cancelados, para lo que se resalta que los aportes a pensiones no prescriben.

Así lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL738-2018 donde indicó: *«A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción en tanto tal, en iguales términos que los prohijados por la Sala para el estatus de pensionado, sino tan solo en cuanto a las mesadas o los reajustes dejados de cobrar oportunamente.»*

Por ello, se confirmará el ordinal segundo de la decisión de primera instancia en cuanto se encuentra probada la existencia de la relación laboral por los periodos allí indicados y la procedencia de la condena al pago de los aportes a seguridad social en pensiones por los periodos correspondientes a los no cotizados dado que no se

acreditó su pago y los que se aportaron son posteriores al 28 de febrero de 2013, que es la última fecha indicada en la sentencia.

Accidente de trabajo.- Considera la parte demandada que la aceptación de la fecha del accidente no significa que sea un accidente laboral y solicita que se haga una valoración de este, por lo que se pasa a revisar lo relacionado con la existencia del accidente de trabajo.

Conforme al hecho 7º de la demanda se indicó que el 16 de noviembre de 2012 el actor sufrió un accidente de trabajo en las instalaciones de la planta de la empresa INDUSTRIAS GAMMA MACHETA HERMANOS LTDA y en la contestación de la demanda se indicó respecto a este hecho, textualmente lo siguiente: “es cierto y aclaro que dicho accidente tuvo que ver con un descuido y por desacatar las recomendaciones y cuidados que él sabía que tenía que tener en la actividad laboral que desarrollaba.”

Adicionalmente en la audiencia del artículo 77 del C.P.T., en la fijación del litigio se señaló que la controversia giraría en torno a los hechos que no fueron aceptados y la parte demandada no presentó oposición alguna. Lo anterior, se corrobora con la comunicación que la demandada remitió el 19 de noviembre de 2015 a la NUEVA EPS, (fl. 14) donde indica que el actor gozó de buena salud “hasta la fecha del accidente de trabajo”, le remite reporte del accidente y manifiesta que el hecho “ocurrió el 16 de noviembre de 2012 a las 11 de la mañana en las instalaciones de la empresa”, de donde se concluye que se trató de un accidente de trabajo.

Culpa patronal.- Manifiesta la parte demandada en relación con la indemnización plena de perjuicios que la culpa no fue única y exclusiva por parte del empleador, sino que hubo negligencia por parte del trabajador quien no cumplió con su deber objetivo de cuidado.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta que las obligaciones del empleador se encuentran consagradas en los numerales 1º y 2º del artículo 57 del CST, según las cuales deben «[...] *Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores*», y procurarles «*locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud*».

En este caso, es claro que la parte demandada no suministró al actor capacitación, ni entregó los elementos de seguridad industrial para trabajar con vidrio, tampoco

existía en la empresa el Coopaso, ni se atendieron las normas especiales de seguridad establecidas para el desempeño de actividades peligrosas y adicionalmente el actor no contaba con afiliación al trabajador a seguridad social y riesgos profesionales, lo que se efectuó después de ocurrido el accidente.

El señor Luis Eduardo Gómez Contreras, demandante, manifestó en el interrogatorio de parte que no se encontraba alicorado al momento de sufrir el accidente de trabajo y que el administrador para esa fecha era Gabriel Machetá, que la actual administración tiene todo pago en el seguro y el anterior no les pagaba nada.

Adicionalmente, respecto a la culpa del actor en el accidente laboral, la demandada desistió de la prueba testimonial en la audiencia realizada el 10 de agosto de 2017 (fl. 220), por lo que al respecto no obra prueba alguna de negligencia del trabajador.

Pero si en gracia de discusión se aceptara la existencia de culpa por parte del actor en el accidente de trabajo, es necesario señalar que esta no exime de responsabilidad al empleador. Así lo indicó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 5463- 2015, que expresó:

"Pero lo cierto es que a la luz del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que contiene una regulación especial de la responsabilidad laboral, para determinar la obligación del empleador al reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de los perjuicios le basta al juzgador establecer la culpa "suficientemente comprobada", en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, de suerte que, en este caso, una vez determinada esa conducta culposa no se hacía necesario analizar la responsabilidad que en el infortunio pudiera haber correspondido al trabajador, salvo que se hubiese alegado por las demandadas que el accidente laboral se produjo por un acto deliberado de aquél, lo que no aconteció. Y se afirma lo anterior, por cuanto, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes."

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto a la culpa patronal contenida en el ordinal cuarto de la sentencia recurrida.

Mesadas pensionales.- Por otra parte, respecto a que la pensión de invalidez debe pagarse desde el momento de la condena ya que el actor ha seguido laborando en la empresa y se le han estado pagando sus salarios, se tiene que no ha sido objeto de recurso el derecho del actor al reconocimiento de la pensión como tampoco que la obligación se encuentra en cabeza de la demandada.

A folios 254 a 256 obra el dictamen de pérdida de la capacidad laboral decretado por el Juzgado, de fecha 2 de marzo de 2018 en el cual se reconoció una PCL del 60.77%, pero no se determinó la fecha de estructuración, por lo que el despacho la determinó a partir del día del accidente laboral.

Se observa que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral que obra a folios 254 a 256 no indicó la fecha de estructuración; sin embargo, conforme a las conclusiones del dictamen el actor el día del accidente "sufrió herida en antebrazo con sección tendinosa y de nervio periférico" que le realizaron "manejo quirúrgico tenorafia y neurorafia, luego rehabilitación, sin recuperación de la funcionalidad del brazo izquierdo", de donde es claro que en efecto debe tomarse como fecha de estructuración de la invalidez, la fecha del accidente y en este aspecto se debe confirmar la sentencia recurrida.

Prescripción.- Señala la recurrente que no debería pagarse desde la fecha del accidente debido a que aplicaría la prescripción, por lo que efectivamente al reconocerse la pensión a partir del 16 de noviembre de 2012 debe analizarse la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda, para lo que se tendrá en cuenta lo manifestado en la sentencia CSJ SL1560-2019, que señaló lo siguiente:

"A juicio de esta Sala lo argüido por el censor denota realmente una confusión entre dos momentos que tienen alguna relevancia jurídica en lo que atañe a la pensión de invalidez pero que refieren efectos jurídicos diversos. De un lado, está el momento desde el cual el legislador estableció debía reconocerse la pensión de invalidez que es precisamente al que hace referencia la disposición transcrita y que no es otro que la fecha en que se produce el estado de invalidez, es decir, la data de estructuración de la invalidez, que se puede fijar de manera retroactiva; y, de otro lado, el momento desde el cual el actor puede solicitar o hacer exigible el reconocimiento del derecho pensional.

Al respecto, encuentra la Corte que el Tribunal no erró al estimar que, en tratándose del reconocimiento de la pensión de invalidez, esta solo se torna exigible para el asegurado desde que se emite y se notifica el dictamen de calificación, pues es a partir de tal data que aquél conoce el grado de la afectación a su salud y podría recriminársele su eventual inactividad o incuria en reclamar la prestación, así como considerarse el inicio del término trienal a efectos de que se consolide el fenómeno extintivo, claro está, respecto de las mesadas causadas periódicamente y no así del derecho principal, por ser este último imprescriptible. "

Como en el caso en estudio la invalidez solo se reconoció mediante el dictamen pericial de fecha 2 de marzo de 2018 ordenado por el juzgado en el curso del proceso

y la demanda se había presentado con anterioridad, esto es el 10 de mayo de 2016 (fl. 96) no prospera la excepción de prescripción propuesta por la demandada, sin que el hecho de que el actor continuara laborando desvirtúe el reconocimiento retroactivo de la pensión desde la fecha en que se estructuró el estado de invalidez.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de marzo de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

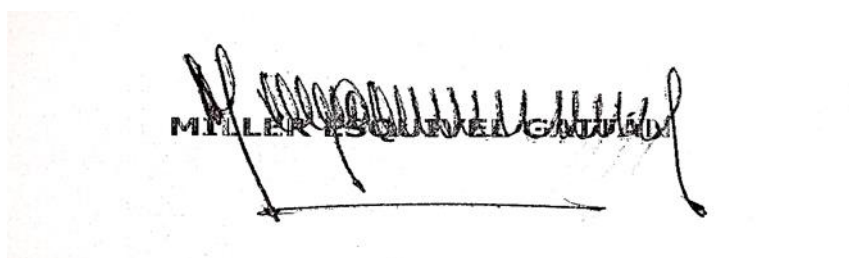
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANAVELY BARAJAS DUARTE CONTRA LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA-ADETEK EN LIQUIDACIÓN, ANGELCOM S.A.S. Y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A Rad. 2016 – 00660 02. Juz. 23.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANAVELY BARAJAS DUARTE demandó a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA - ADETEK EN LIQUIDACIÓN, ANGELCOM S.A.S. Y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 79 a 87

- Contrato de trabajo entre la actora y TRASMILENIO S.S. desde el 21 de junio del 2008 hasta el 5 de junio de 2015.
- Se declare responsables solidarias a COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA - ADETEK EN LIQUIDACIÓN, ANGELCOM S.A.S.
- Pago de Horas extras, festivos y dominicales
- Vacaciones, prima de servicios
- Auxilio de cesantías
- Intereses a las cesantías
- Sanción por no pago de intereses a las cesantías
- Indemnización Moratoria por no haber consignado las cesantías a un fondo
- Indemnización moratoria por falta de pago oportuno y completo de salarios y prestaciones
- Intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación
- Indexación sobre conceptos sin indemnización moratoria
- Sanción por despido en incapacidad

- Sanción por terminación del contrato sin justa causa
- Costas y gastos del proceso

Los hechos de la demanda se describen a fls 77 a 79. Manifiesta que ingresó a laborar el 21 de junio de 2008 en una estación de Transmilenio, enviada por la Cooperativa de Trabajo Asociado Apoyo, Desarrollo y Gestión Tecnológica Adetek y también por Angelcom hasta el 7 enero de 2017, para que realizara recargas de tarjetas, con una asignación salarial de \$1.071.000 que fue pagada por Adetek, pero la subordinación y el trabajo personal fueron para TRASMILENIO S.A. Indica que su lugar de trabajo fue siempre en Transmilenio y que su contrato terminó sin justa causa el 5 de junio de 2015 cuando se encontraba incapacitada por FAMISANAR EPS y no le han cancelado las prestaciones sociales. Que portaba uniformes con distintivos de TRASMILENIO S.A. y cumplía una jornada laboral de 1:45 pm a 12 de lunes a domingos y festivos.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado a la AGENCIA NACIONAL PARA AL DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y a las accionadas, contestaron la demanda de la siguiente manera:

ANGELCOM S.A. contestó en los términos del escrito visible a fls. 196 a 200.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó los hechos de la demanda y manifestó que no tuvo ninguna relación laboral con la actora ya que la cooperativa era la encargada de manera libre de la designación de los trabajadores ya que solo tenía una relación contractual con la cooperativa
- Formuló como excepciones de mérito de Falta de legitimación por pasiva, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción de derechos y caducidad de la acción, cobro de lo no debido, improcedencia de las pretensiones buena fe y la genérica.

La demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK a través de su agente liquidador contestó la demanda en los términos del escrito visible a fls. 235 a 253.

- Se opuso a las pretensiones
- Señaló que no son ciertos los hechos de la demanda pues entre la accionante y la cooperativa solo existió un convenio de trabajo asociado y le canceló todas sus obligaciones

- Formuló como excepciones de mérito de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones, carencia de derecho, genérica, prescripción, compensación y justa causa de terminación del vínculo de asociado.

Por su parte la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A contestó en los términos del escrito visible a fls. 114 a 134.

- Se opuso a las pretensiones
- Manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda y que la demandante nunca ha sido parte del personal de la entidad ni existe solidaridad con las demandadas, ya que solamente suscribió un convenio de asociación con la cooperativa
- Formuló como excepción previa la de falta de jurisdicción y competencia y como excepciones de mérito de inexistencia de la obligación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia la solidaridad, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción de la acción, buena fe y genérica.
- Llamó en garantía a Seguros del Estado

La llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO representada mediante curador Ad Litem contestó en los términos del escrito visible a fls. 518 a 525.

- Se opuso a las pretensiones.
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Formuló como excepciones de mérito de inexistencia del derecho y la genérica o innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a las demandadas por las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante. Llegó a esa determinación al advertir que según el material probatorio no se ha presentado en este caso una intermediación, ya que se cumplieron las pautas legales y jurisprudenciales exigidas para que se presente la figura de trabajo asociado, debido a que la beneficiada fue la cooperativa, quien ejerció la autogestión y la autonomía en la prestación del servicio de la demandante y no los terceros demandados. Por lo tanto, la labor no obedecía a una relación de trabajo sino la relación propia del régimen asociativo o cooperativo.

Consulta

Se procede a revisar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T., toda vez que la sentencia fue completamente adversa al trabajador y no fue objeto de apelación.

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

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa procesal.

Parte demandada: Solicita Transmilenio S.A. se confirme el fallo en razón a que está acorde a los principios de consonancia y el debido proceso, además que en el proceso se probó que la accionante tenía un vínculo con Adetek que era de carácter asociativo y no se presentaron los elementos constitutivos del contrato de trabajo en este caso.

CONSIDERACIONES

Existencia de contrato de trabajo.-

En el presente asunto, la demandante estaba vinculada a través de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA -ADETEK según los hechos de la demanda y la documental anexa.

Conforme a lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-211-2001, al examinar la constitucionalidad de la ley 79 de 1988, se aceptó el régimen jurídico contenido en esta última, diciendo que: *"Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador, siendo así, no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios- trabajadores de tales cooperativas no se les aplique las normas del código sustantivo de trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es el que se presta bajo la continua dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital- empleador y trabajador asalariado pues el capital de estas esta formado principalmente por el trabajo de sus socios, además que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes"*.

Descendiendo al caso que se analiza en consulta, es claro que para que el precedente señalado sea aplicado, es necesario que el trabajador sea al mismo tiempo, asociado y dueño, de una forma manera real y efectiva respecto de la Cooperativa a la que se encuentra afiliado, cuya relación se rige por La Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 de 2006 y artículos 1º y 2º del Decreto 3553 de 2008, y los Estatutos de la Cooperativa y las normas que regulan el trabajo asociado y consagran a favor de los asociados, compensaciones ordinarias y extraordinarias.

Se entiende como compensación ordinaria la suma de dinero que a título de retribución recibe mensualmente el asociado por la ejecución de su actividad material o inmaterial, la cual se fija teniendo en cuenta el tipo de labor desempeñada, el rendimiento o la productividad y la cantidad de trabajo aportado; cuyo monto puede ser una suma básica igual para todos los asociados y la compensación extraordinaria comprende los demás pagos adicionales que reciba, lo que permite asociar la compensación ordinaria con el concepto de salario en el contrato de trabajo, y las extraordinarias tales como la semestral y por descansos anual, con la prima de servicios y las vacaciones respectivamente, pero los aportes constituyen un ahorro que realiza el asociado.

Conforme a las pruebas documentales allegadas al proceso se observan las siguientes:

- Solicitud de asociación suscrita por la actora y aceptación por ADETEK (fl. 440 y 441)
- Convenio de trabajo asociado suscrito entre la demandante y ADETEK (fl.35 y 455)
- Recibido del Estatuto de la Cooperativa suscrito por la demandante (fl. 442)
- Inducción al cargo, seguimientos y evaluaciones de desempeño por parte de ADETEK a la demandante (fl. 443 a 452)
- Cursos que tomó la demandante (fl.443 a 444)
- Cartas de compensación por descansos anuales (fl. 456 a 461)
- Afiliación a FAMISANAR a través de ADETEK (fl. 462)
- Afiliación a SURATE a través de ADETEK (fl. 465)
- Llamados de atención de ADETEK a la demandante (fls. 467 a 470)
- Solicitud de desvinculación de la Cooperativa suscrita por la demandante y devolución de aportes de fecha 20 de agosto de 2015 (fl. 496)
- Aceptación de la renuncia por parte de la Cooperativa (fl. 499)
- Carta de terminación del vínculo (fl. 36 y 471)
- Carné de afiliación a ADETEK (fl. 38)
- Actas de pagos, entrega de uniformes, retiro de aportes (fl. 472 a 488)
- Liquidación de derechos económicos de la cooperativa (fl. 40)

- Devolución de aportes (fl. 498)
- Incapacidades entre el 24 de enero de 2015 y el 16 de marzo de 2015 (fl. 43)
- Pago de compensaciones (fls. 45 a 56)
- Resolución 523 del 15 de abril de 2015 mediante la cual se sanciona a ANGELCOM S.A. y a ADETEK y otras cooperativas y Resolución 1657 del 25 de agosto de 2015 que revoca la Resolución 523 de 2015 (fl. 211 a 221)
- Convenio Cooperativo de Gestión Administrativa entre ANGELCOM S.A. y ADETEK CTA. (fls. 210)
- Comunicaciones de ADETEK a la demandante sobre diferentes traslado de lugar de trabajo (fl. 489 a 494)

Se recibieron las declaraciones de Sergio Enrique Pérez Sarmiento quien manifiesta que la actora cumplía la función de taquillera, que el servicio se divide en tres partes operativo, tecnológico y transporte. Que la parte operativa la prestaba Adetek, la parte tecnológica la prestaba Angelcom, y el servicio de transporte Transmilenio. Que la demandante cumplía las funciones de recibir las recargas y hacerlas, estaba subordinada por los coordinadores de la Cooperativa que estaban en las estaciones. Que entre Adetek y Angelcom se suscribió un contrato de prestación de servicios para la realización de servicios operativos y que no tiene conocimiento si la demandante estaba incapacitada para la fecha del retiro de su cargo.

Javier Cortázar Mora, representante legal de Angelcom, manifestó que la accionante estaba vinculada con Adetek y que Angelcom no firmó ningún contrato escrito con la demandante.

La demandante Anavely Barajas Duarte dijo que trabajaba vendiendo pasajes en las taquillas en Transmilenio, con horario de 3:45 pm hasta media noche más o menos que llegaba la transportadora de valores para recoger el recaudo; la coordinaba Jaime Bonilla y un asistente administrativo de Adetek; que los permisos se los solicitaba a Adetek, que suscribió un contrato con Adetek y que no participaba en las asambleas. Indicó que el horario lo establecían los jefes de la cooperativa, y que Adetek le pagaba mensualmente su salario, aportes a seguridad social, bonificación semestral, bonificación por descanso anual y le entregaba su dotación; que nunca tuvo llamados de atención, que al terminar su vinculación no le llegó ninguna carta ni tuvo comunicación alguna, que rotaba de taquillas según se lo designaban sus jefes inmediatos y que las capacitaciones se las daban en Angelcom. Que al finalizar su contrato recibió un dinero de una liquidación.

La testigo Olivia Saavedra Rodríguez, fue trabajadora de Adetek y manifiesta que tiene una demanda contra estas entidades; que conoció a la accionante porque ella le recibía el turno algunas veces en las taquillas de las estaciones de TRASMILENIO y que recibían ordenes de los coordinadores de Adetek.

La testigo Mercedes Gonzales Melo, manifestó que conoció a la accionante trabajando en Adetek S.A, que tiene una demanda contra las mismas entidades; que la demandante trabajaba en las taquillas de las estaciones de Transmilenio, que los jefes eran los coordinadores y asistentes operativos de Adetek, que eran socias de la cooperativa y que Adetek les cancelaba los salarios

Jazmín Sánchez Rodríguez informó que fue la representante legal de Adetek SA desde 2002 hasta septiembre de 2015; que la demandante fue asociada de la cooperativa y que esta entidad le asignó un puesto de trabajo de taquillera en la zona centro; que todos los trabajadores asociados de la cooperativa eran autogestionarios y que los coordinadores colaboraban cuando había problemas en la labor. Manifestó que Adetek les daba capacitaciones y les cancelaba diferentes valores por la labor. Que Adetek le ofreció a Angelcom el servicio de recolección manual del dinero y que la cooperativa fue autónoma designando a los trabajadores; que Adetek firmó con Angelcom el contrato de servicios cooperativos, y que la accionante asistió a votaciones en la cooperativa para un delegado por el que votó, que se le capacitó por parte de Adetek y que ella pasó la carta de renuncia como asociada de Adetek el 20 de agosto de 2015.

El testigo Wilson Palomo Quintana contador público de Adetek, dijo que la accionante recibía por parte de Adetek el pago mensual de una compensación ordinaria, una compensación extraordinaria y una ayuda de alimentos; que recibía una parte del fondo de solidaridad del patrimonio de la cooperativa, que cada 6 meses le pagaban una bonificación semestral, una bonificación anual y cada mes se realizaba el aporte social; que le devolvieron los aportes sociales más o menos al 20 de agosto por parte de Adetek; que participaba cada año eligiendo el delegado, que asistía a las asambleas de la cooperativa y que entre Adetek y Angelcom existía un contrato de convenio de asociación cooperativa; y que la cooperativa tenía coordinadores que ayudaban a la demandante en el servicio del cargo.

Las anteriores pruebas documentales y testimoniales permiten concluir que entre la demandante y DELTEK se suscribió un convenio de asociación y durante este convenio percibió las bonificaciones correspondientes y fue ADELTEK quien le comunicó los diferentes cambios de sede donde debía prestar sus servicios y realizó los llamados de atención que se relacionaron como prueba documental

anteriormente prueba que contradice lo indicado por la demandante en el interrogatorio de parte donde indica que nunca tuvo llamados de atención. También se observa conforme a la prueba documental que la demandante presentó renuncia a la Cooperativa la que fue aceptada y no como indica en la demanda y en el interrogatorio de parte respecto a que no le comunicaron la terminación de su vinculación. En cuanto a las ordenes que ella recibía en su labor, los testigos manifiestan que existían Coordinadores de ADETEK que le daban órdenes. Además, fue ADETEK quien realizó las investigaciones por incumplimiento del régimen de trabajo asociado, quien le dio las capacitaciones y le hizo las evaluaciones de desempeño anualmente, lo que demuestra que su vinculación con la Cooperativa Adetek fue mediante convenio de asociación y que no existió una vinculación laboral con ANGELCOM y tampoco con TRASMILENIO S.A.

También se demostró que la demandante recibía una compensación ordinaria que superaba el salario mínimo legal y adicionalmente recibía una compensación extraordinaria y se liquidación de beneficios económicos que comprende bonificación anual, intereses a la bonificación anual, bonificación por descanso anual, bonificación semestral, compensación ordinaria y extraordinaria, documentos que cuentan con la firma de recibido de la demandante, por lo que en efecto no pueden aplicarse al caso las normas relacionadas con el trabajo dependiente establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia ante citada, razones por las que no prospera la pretensión de declarar la existencia de un contrato de trabajo.

En cuanto al despido en estado de incapacidad, como se indicó anteriormente no se presentó un despido sino una renuncia de la actora a la Cooperativa por lo que al no presentarse el despido no procede la condena solicitada o la declaratoria de la estabilidad laboral reforzada.

Respecto al pago de horas extras, dominicales y festivos laborados, es de señalar que las Cooperativa de trabajo Asociado se rigen por las normas que se citaron al inicio de la sentencia y por lo tanto no se encuentran sometidas a la legislación laboral, además de que no se aportó prueba alguna al respecto.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

Costas. - Las de primera instancia se confirman. No se condena en costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. No se condena en costas en esta instancia.

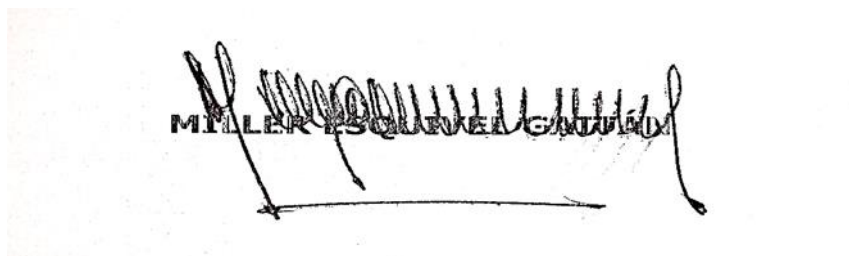
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIO CORRALES GARCÍA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 2017 – 00629 01. Juz. 22.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

FABIO CORRALES GARCÍA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 31

- Reconocimiento de pensión conforme al Decreto 758/90
- Porcentaje del 63% conforme al artículo 12 del Acuerdo 049/90
- Intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993
- Indexación
- Costas
- Facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 29 a 31. Informa que el demandante nació el 14 de enero de 1949 por lo que para la fecha de presentación de la demanda contaba con 74 años y laboró y cotizó entre el 2 de agosto de 1971 y el 31 de enero de 2013 un total de 786 semanas. Indica que COLPENSIONES omitió contabilizar 120.12 semanas de cotización que el actor realizó a través del Consorcio Colombia Mayor en el programa Fondo de Solidaridad Pensional-Programa de subsidio al aporte a pensión, los que al ser incluidas darían cumplimiento al requisito de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de conformidad con el Acuerdo 049/90. Señala que COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional mediante Resolución GNR 271649 del 14 de septiembre de 2016 y resolvió negativamente el recurso de apelación a través de la Resolución

DIR 6936 del 30 de mayo de 2017, no obstante que el actor cumple con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo No. 1 de 2005 así como del Acuerdo 049/90 si se tienen en cuenta los aportes realizados a través del programa Fondo de Solidaridad Pensional Programa de Subsidio al Aporte a Pensiones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad y notificada COLPENSIONES y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, y corrido el traslado, la accionada COLPENSIONES contestó la demanda en los siguientes términos: (fl. 41 a 52)

- Aceptó el hechos relacionados con las resoluciones expedidas por COLPENSIONES que negaron el reconocimiento pensional; que el actor cumple los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del Acto legislativo No. 1 de 2005 para la aplicación del Acuerdo 049/90 pero negó los demás hechos.
- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC o de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses de mora o indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido y condenó en costas a la parte actora.

El juez A-quo manifestó en la sentencia respecto a los tiempos cotizados a través de Colombia Mayor que se encuentran justificadas las razones de COLPENSIONES para no tenerlos en cuenta, pues no se allegó prueba que permita comprobar que el aporte se efectuó por el periodo de diciembre de 1996 y respecto de los periodos de agosto de 1998 y julio de 2001 que obran en el reporte pero con anotación de devolución al Estado por el Decreto 3771 de 2007 mencionó que el 28 de febrero de

2015 se comunicó al actor que el pago total estaba compuesto por un aporte del beneficiario y el subsidio del fondo de solidaridad, pero que como no se efectuó el aporte por el afiliado, se procedió a la devolución. Frente al periodo de febrero y abril de 2003 señaló que se imputaron a los periodos declarados correspondientes a marzo y mayo de 2003 y ya obran en el reporte de semanas cotizadas, así como el periodo de agosto de 2005. En cuanto al régimen de transición manifestó que el actor contaba con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010 teniendo en cuenta el Acto Legislativo 1 de 2005 y respecto a los requisitos del Acuerdo 049/90 encontró una vez revisada la historia laboral que no cumplía las 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, pues entre 14 de enero de 1983 y el 14 de enero de 2003 solo contaba con 388.64 semanas y al 31 de julio de 2010 contaba con 791,57 semanas, por lo que no acredita las 1000 semanas requeridas; como tampoco los requisitos de la Ley 100 de 1993 y 797/03 y en razón a ello, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra

Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación manifestando que para la fecha de solicitud de reconocimiento de la pensión la demandada no había devuelto los aportes, lo que hizo en el año 2007 y su cliente desde el 2003 estaba solicitando el reconocimiento de la pensión; que esta justificación de COLPENSIONES solo es efectiva a partir de la vigencia del Decreto 3771 esto es a partir del 1º de octubre de 2007. Y conforme a la sentencia T-58 de 2007 el Fondo debe dar certeza de la información respecto a los aportes ya que la sentencia SU-182/19 estableció las consecuencias nocivas frente a los afiliados por no dar la información de forma clara, lo que no se puede trasladar al afiliado, razón por la que los aportes deben ser reconocidos y tener en cuenta como pagados y cotizados.

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

Parte demandante: no se pronunció en este momento del proceso

Parte demandada: Requiere el Colpensiones se confirme el fallo proferido y esta entidad sea absuelta de todas las pretensiones en razón a que el actor no cumplió con el requisito 750 semanas cotizadas al 31 de julio de 2010 para conservar el régimen de transición, además que dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años no cotizó 500 semanas ni 1000 semanas en cualquier tiempo, por consiguiente, no cumple con los requisitos de la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

Pretende la parte actora el reconocimiento de la pensión de vejez con aplicación del régimen de transición y del Acuerdo 049/90 para lo que solicita se tengan en cuenta los periodos de aportes subsidiados que se cotizaron a través de Colombia Mayor, que corresponden a 120,12 semanas con los cuales cumpliría el requisito de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad; por lo que se pasa a revisar el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la pensión en la forma deprecada.

Para ser beneficiario del régimen de transición se requiere que el actor cumpla los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es que para el 1º de abril de 1994 contara con 40 años cumplidos por ser varón o 15 años o más de servicios cotizados. Es claro que el actor nació el 14 de enero de 1943 por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 51 años cumplidos por lo que era beneficiario del régimen de transición.

Ahora conforme al Acto Legislativo No. 1 de 2005 para el 25 de julio de 2005 el actor debía contar con 750 semanas para mantener el régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010; sin embargo como para esa fecha no contaba con 750 semanas cotizadas debe acreditar el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049/0 antes del 31 de julio de 2010. En este caso, tal y como el demandante lo solicita, el requisito a cumplir, eran 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es entre el 14 de enero de 2003 y el 14 de enero de 1983.

Acorde con el resumen de semanas de cotización (fl. 67) el actor contaba para el 30 de abril de 2009 con 791,57 semanas de cotización y 384.86 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento del requisito de la edad, por lo que se procede a resolver si se deben contabilizar los periodos cotizados a través de Colombia Mayor que corresponde al periodo en mención.

Al respecto se observa que a folios 58 a 72 se encuentra el detalle de pagos efectuados por el afiliado a partir de 1995 y se tiene que efectuó pagos con el régimen subsidiado en diferentes periodos, de los cuales algunos fueron devueltos al Estado conforme al Decreto 3771 de 2007; igualmente se observa que en la Resolución GNR 272649 del 14 de septiembre de 2016 se le indica que en cumplimiento a la acción de tutela presentada por el actor se dio respuesta a la petición relacionada con el pago de los aportes en el régimen subsidiado, mediante oficio del 29 de julio de 2014 donde se le informó lo siguiente:

"respecto a los registros por usted señalados del periodo 199807 a 200106 se aclara que el pago total de un trabajador independiente con afiliación al Régimen Subsidiado consta del aporte del beneficiario más el valor del subsidio al Fondo de Solidaridad Pensional; dichos registros corresponden al valor del subsidio girado por el Estado y devuelto por Colpensiones a través del Consorcio Colombia Mayor, en razón a que no se evidenció el pago por parte del afiliado. Lo anterior se sujeta a lo establecido por el Artículo 26 de la Ley 100 de 1993, artículo 13 de la Ley 797 de 2003, Decreto 1127 de 1994, Decreto 3771 de 2007 y Decreto 4944 de 2009. ´"

Así las cosas, para que estos periodos pudieran tenerse en cuenta y se contabilizaran como cotizados para acreditar el número de semanas requerido, debía el accionante demostrar en el proceso que había efectuado el pago que le correspondía realizar respecto de los aportes subsidiados, como era su deber, prueba que no aportó y nada manifestó al respecto en el recurso de apelación, por lo que los periodos comprendidos entre julio y agosto de 1998 y entre Octubre de 1998 y junio de 2000 (11 meses) que fueron devueltos al Estado por cuanto no se evidenció el pago del aporte que correspondía al afiliado, no pueden ser tenidos en cuenta como cotizados.

En razón a lo anterior, no cumplió el actor con el número de semanas requerido para el reconocimiento pensional, pues no cuenta con las 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y tampoco con las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

En cuanto a que se deba dar aplicación a la sentencia SU-SU-182 de 2019, es de resaltar que la mencionada jurisprudencia hace relación a la revocatoria de un reconocimiento pensional y en ella se indica que "Solo son dignos de protección aquellos derechos adquiridos con justo título", lo que no puede establecerse en el caso en estudio, pues es claro que el accionante no demostró el pago del valor del aporte subsidiado que le correspondía realizar, por lo que considera la Sala que no

existe un justo título para que sea digno de protección el derecho que reclama y en consecuencia se tengan como cotizados lo periodos que reclama.

Las razones expuestas resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Costas. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

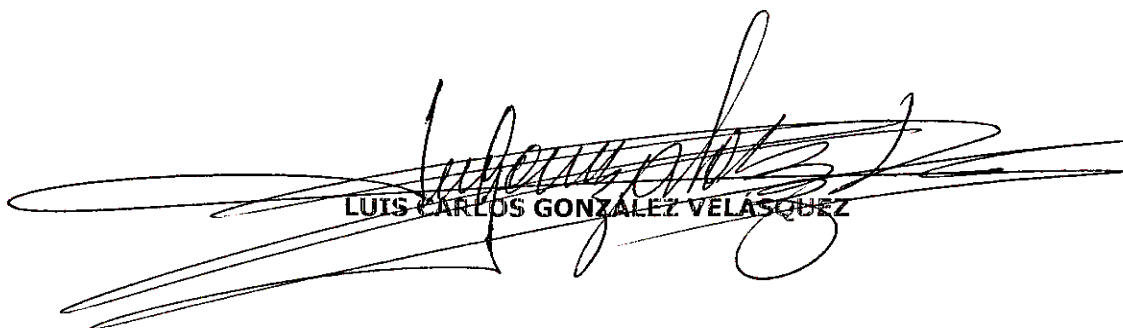
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de junio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

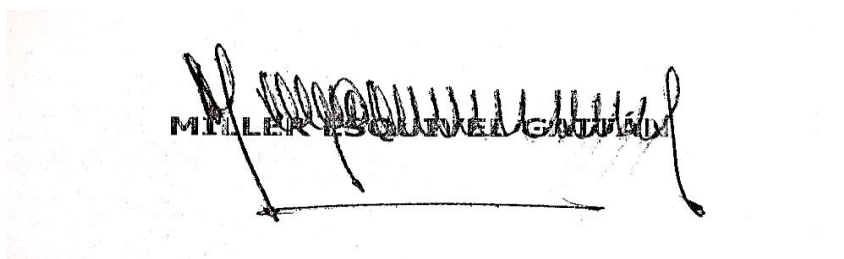
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CECILIA CAICEDO RODRÍGUEZ
CONTRA G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS Y COLOMBIA
TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Rad. 2017 – 00681 01. Juz. 31.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CECILIA CAICEDO RODRÍGUEZ demandó a G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS y a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 82 a 84.

- Existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS ente el 4 de agosto de 2011 y el 15 de enero de 2016
- Se declare solidariamente responsable a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP
- Salarios pendientes del 1º al 15 de enero de 2016
- Prestaciones sociales y vacaciones por el tiempo laborado
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S. del T.
- Las costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 81 y 82. Indica que suscribió contrato de trabajo con G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS el 4 de agosto de 2011 para desempeñar el cargo de "Coordinadora Comercial" en COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Con un salario de \$1.200.000, más subsidio de transporte y comisiones de ventas.

Afirma que el 15 de enero de 2016 la empresa dio por terminado el contrato de trabajo y que a la fecha le adeudan salarios y prestaciones sociales, por lo que el 18 de septiembre de 2017 presentó reclamación ante COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP., sin respuesta hasta la fecha de presentación de la demanda.

Actuación Procesal

Admitida la demanda (fl. 89) por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la parte demandada dio contestación en los siguientes términos:

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. en escrito visible a folios 114 a 125

- Se opuso a totalidad de las pretensiones por considerarlas improcedentes.
- Manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda.
- Formuló como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva, y prescripción.
- Solicitó llamar en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Admitido el llamamiento en garantía mediante auto del 12 de abril de 2018 (fl.211), contestó la demanda como se observa a folios 246 a 270

- Se opuso a todas las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda y en cuanto a los hechos del llamamiento en garantía aceptó los relacionados con la existencia de la Póliza de cumplimiento particular y negó los demás.
- Propuso como excepciones de fondo frente a la demanda las de imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales e inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza.
- Frente al llamamiento en garantía propuso como excepciones las de ineficacia del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía, ausencia de cobertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, inexistencia de la obligación a cargo de SEGUROS DEL ESTADO, ausencia de responsabilidad de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. en

cuanto no se encuentra probada la solidaridad; cobertura exclusiva de riesgos pactados en la póliza; imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular en una eventual condena por vacaciones y por la indemnización moratoria; falta de aviso sobre siniestro, compensación, límite de responsabilidad y la genérica

La demandada G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS se encuentra representada por Curador Ad-litem, quien una vez notificado contestó la demanda en escrito obrante a folios 293 a 294.

- En cuanto a las pretensiones manifestó atenerse a lo probado en el proceso.
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y la genérica

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 9 de octubre de 2019 en la que dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre CECILIA CAICEDO RODRÍGUEZ en calidad de trabajador y G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2011 y el 15 de enero de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas G&F SERVICIOS LOGÍSTICA SAS en calidad de empleador y solidariamente a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP a cancelar a la demandante las siguientes sumas:

- Por concepto de salarios del 1º al 15 de enero de 2016 la suma de \$600.000
- Por concepto de vacaciones \$625.000
- Por concepto de cesantías \$1.250.000
- Por concepto de prima de servicios \$144.250
- Por concepto de sanción moratoria \$6.080.000

TERCERO: CONDENAR a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. a que cancele una vez la demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP haya realizado el pago respectivo los siguientes conceptos y sumas:

- Por concepto de salarios insolutos del 1º al 15 de enero de 2016 \$600.000
- Por concepto de cesantías \$150.000
- Por concepto de prima de servicios \$50.000

- Por concepto de intereses a las cesantías \$2.250

CUARTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a las demandadas G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A. en cuantía de medio SMLMV a cada una de ellas.”

Para llegar a esa determinación indicó que conforme a la certificación laboral existió un contrato de trabajo entre la actora y G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS y respecto a los pagos tuvo en cuenta los manifestado en el interrogatorio de parte de la demandante y al testimonio de Lizeth Lara. Señaló que al expediente obra copia del contrato suscrito entre Colombia Telecomunicaciones y G&F, folios 126 y siguientes, conforme al cual entre G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES existió un contrato de agencia comercial y precisamente en ejecución de este contrato, la demandante prestó sus servicios, los cuales se encontraban dentro de las labores normales de la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, por lo que acorde con el artículo 34 del C.S.T. existía solidaridad frente a las obligaciones insolutas de la demandante.

Respecto a las acreencias laborales, tuvo en cuenta que la demandante reconoce un solo pago, por lo que conforme al principio de carga de la prueba era COLOMBIA TELECOMUNICACIONES quien dice haber pagado, aportar al expediente dicha prueba. Que la testigo Lizzeth Lara, señaló que “las vacaciones sí se las pagaron, la prima de servicios se la pagaron, las ultimas del 2016 no las pagaron, las de los otros años sí”, por lo que consideró que a la demandante sí se le pagaron las primas de servicio de los años 2014 - 2015 y solamente se le adeudaría la prima de servicios del año 2016. Frente a las cesantías consideró que sí se le pagaron las del año 2014, porque esto es lo que dice la testigo, por lo que se adeudarían las del año 2015 y la fracción laborada durante el año 2016. En cuanto a las vacaciones, manifestó que las del año 2014 sí se encontraban pagas y solamente se le adeudarían las vacaciones del 2015 y los días trabajados del año 2016. Sobre los intereses a las cesantías se adeudarían los de los años 2015 y 2016 y al pago del salario adeudado.

Manifestó que al revisar el expediente a folio 330 aparece copia del auto de la superintendencia de sociedades de fecha 16 de junio del año 2016, en donde en el numeral 1º de la parte resolutive se admitió a la sociedad G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS en el proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 del año 2006 y ordena la inscripción en el registro mercantil de la sociedad, por lo que señaló

que una de las consecuencias era que la empresa no podía disponer libremente de su patrimonio, sino que se debe atener a las disposiciones normativas, por lo que la moratoria pedida solamente podría ir hasta el día 15 de junio del año 2016, esto es, 152 días de sanción moratoria a razón de 40.000 pesos diarios, para un monto de \$6.080.000.

En cuanto a la responsabilidad de la llamada en garantía consideró evidente su conducta omisiva, ya que no asistió a notificarse no obstante haber recibido los citatorios; se le emplazó y designó curador Ad-litem. Indicó que conforme a la única póliza que se aporta al expediente (fl. 174) esta tiene vigencia hasta el 1º de noviembre del año 2015 y cobertura por salarios y prestaciones sociales, por lo que no podría cubrir indemnizaciones y vacaciones, pero si las demás condenas.

Recurso de apelación

Parte demandante: Presentó recurso de apelación para lo que argumentó que el despacho dio credibilidad al testimonio de Lizeth Lara para tener como pagados algunos conceptos, cuando la señora Lizeth Lara no es contadora ni revisora fiscal de las cuentas personales de la señora Cecilia Caicedo Rodríguez, sino un simple testigo al que no se le puede dar credibilidad, por lo que solicita se desestime este testimonio y se condene a las demandadas al pago total de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Igualmente presenta recurso en cuanto a la forma de liquidar la sanción moratoria, por cuanto considera que debe hacerse hasta la liquidación definitiva de la entidad demandada, toda vez que a partir de esa fecha la entidad deja de existir como persona jurídica, conforme a la sentencia radicación No. 74084 del 20 de febrero del 2019, magistrado ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Parte demandada:

Colombia Telecomunicaciones: Solicita se revoque la sentencia por cuanto el objeto social de G&F Servicios y Logística es la prestación de servicios de logística y el de Colombia Telecomunicaciones es la prestación del servicio de telecomunicaciones, lo que no se encuentra dentro del objeto social de G&F Servicios

y Logísticas SAS, lo cual implicaría que no se cumple con el requisito del artículo 34 para que se predique la solidaridad.

Manifiesta que conforme al acta de liquidación del contrato de agencia comercial #71.1.1228.2015 cláusula 6ª COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP efectuó el pago de las acreencias laborales a nombre de los colaboradores y dependientes de G&F Servicios y Logística, montos descritos en el anexo #1 y que en caso de no ser suficiente para cubrir el valor de las acreencias laborales contenidas en el mencionado anexo no es responsabilidad ni obligación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, porque G&F Servicios y Logísticas SAS se comprometió a mantener indemne a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP de futuras reclamaciones.

Señala que las actividades desplegadas por G&F Servicios y Logísticas SAS no corresponden con el giro ordinario de los negocios de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP", por lo que considera que existe una indebida valoración probatoria cuando se asegura que por confesión del representante legal la demandante prestó el servicio para su representada, lo que no cumple con los criterios del artículo 34 del C.S. del T. para que se predique la solidaridad y si en gracia de discusión se condenara a su representada solidariamente por las obligaciones que existen entre G&F Servicios y Logística y la demandante solamente podría ser por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2015 y el 29 de febrero de 2016, pues no existe prueba que en años anteriores existiera una relación contractual entre G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, por lo cual no podría imponerse ningún tipo de condena.

Seguros del Estado: Ratificó los argumentos respecto de la inexistencia de solidaridad entre el tomador del seguro y el asegurado dentro de la póliza vinculada al proceso, indicando así la imposibilidad de afectar la póliza en cuestión y solicita se tenga en cuenta el límite del valor asegurado dentro de la póliza en cuestión y los amparos contratados.

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

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa procesal.

Parte demandada: solicita Colombia Telecomunicaciones se revoque la sentencia proferida y se absuelva en su totalidad en razón a que no tiene relación laboral con la actora ni similitud en su objeto social con el empleador demandado, con el cual solo tenía un contrato comercial; así mismo que no opera ni se demostró que se presentara la solidaridad en el proceso y que no recibió ningún beneficio con la labor hecha por la demandante ya que realizaba una actividad extraña respecto a las de Colombia Telecomunicaciones. También dice que operó la prescripción, inexistencia de la obligación y que de igual forma considera que se probó la buena fe, y en el caso de que se llegue a confirmar la condena para la demandada se condene en su defecto a la entidad llamada en garantía debido a la póliza suscrita.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las partes en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

Parte demandante.-

Pagos recibidos.- Señala que el despacho dio credibilidad al testimonio de Lizeth Lara para tener como pagados algunos conceptos, para lo que argumenta que la señora Lizeth Lara no es contadora ni revisora fiscal de las cuentas personales de la señora Cecilia Caicedo Rodríguez, sino una testigo al que no se le puede dar credibilidad, por lo que solicita se desestime este testimonio y se condene al pago total de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Al respecto lo primero que observa la Sala es que la señora LIZETH ALEJANDRA LARA CAICEDO fue testigo solicitada precisamente por la parte actora, la demandante es su tía, y al momento de rendir su testimonio no se propuso tacha de sospecha por ninguna de las partes, razón por la que no es el recurso de apelación la oportunidad para solicitar se desestime su testimonio.

Aunado a lo anterior, la testigo tenía un conocimiento directo no solo por su cercanía a la demandante sino por haber prestado sus servicios también en las mismas condiciones que ella a la empresa G&F Servicios y Logística SAS como lo manifestó en su declaración, donde señaló que la demandante era coordinadora comercial, manejaba todo el equipo de ventas de varias zonas del país, manejaba todos los equipos de ventas, tanto de supervisores como de asesores comerciales en los años 2011 al 2016, su remuneración era \$1.500.000 más la comisión que dependía del cumplimiento de metas, le pagaba Icotec Colombia al principio y después G&F Servicios. Y respecto a los pagos respondió en la forma en que se transcribe:

“¿Durante esos 5 años la demandante disfrutó de vacaciones? SI.

¿Esas vacaciones se las pagaban? Sí claro

¿Durante esos 5 años le pagaron prima de servicios a la demandante? Sí

¿Le pagaron cesantías? Las ultimas cesantías del año 2016 no las pagaron

¿Y las de los otros años? Las de los otros años sí.

¿Cuál fue el último periodo de cesantías que le cancelaron a la señora Cecilia? El último periodo cancelado fue el del año 2015 porque el transcurso del año 2015 para pagar al 2016 no lo cancelaron

¿Y las prestaciones sociales también, cual fue el último periodo de prestaciones sociales como primas le cancelaron a la señora Cecilia? En diciembre de 2015.”

Así las cosas, es claro que su testimonio merece credibilidad por tener conocimiento directo de los hechos, ser coherente, precisa y clara en sus declaraciones, sin que para ello tenga relevancia alguna que “no sea contadora ni revisora fiscal de las cuentas personales de la señora Cecilia Caicedo Rodríguez”, máxime cuando se trata precisamente de una testigo traída al proceso por solicitud de la parte que ahora pretende se desestime su dicho y en consecuencia deben tenerse como pagados los conceptos y periodos que ella manifestó en su declaración, como en efecto lo tuvo en cuenta la juez de primera instancia y en consecuencia en este punto se confirma la decisión de la Juez A-quo.

Sanción moratoria.- Indica que la sanción de la liquidación moratoria debe hacerse hasta la liquidación definitiva de la entidad demandada, conforme a la sentencia 74084 del 20 de febrero del 2019, magistrado ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

La citada sentencia expresa lo siguiente: *"3.10.3 La liquidación de la sanción moratoria corre hasta la liquidación definitiva de la entidad demandada.*

A criterio de la Sala, la sanción moratoria debe operar hasta la suscripción del acta final de liquidación que se publicó en el Diario Oficial 49470 de 31 de marzo de 2015, toda vez que a partir de esta fecha el Instituto de Seguros Sociales dejó de existir como persona jurídica; luego, perdió toda posibilidad de actuar en el mundo jurídico.

Quiere decir lo anterior que, a partir de la declaración del cierre de la liquidación y de la terminación de la existencia jurídica del Instituto de Seguros Sociales, no es posible imputar a dicha entidad una conducta, provista o desprovista de buena fe, por la simple razón de que en el plano jurídico no existe como sujeto de derechos y obligaciones y, por tanto, no puede adelantar ninguna actuación. En otros términos, el presupuesto de la buena o mala fe del cual depende la imposición o no de la sanción moratoria es inexigible frente a un sujeto de derecho extinto.

Al respecto debe decirse que a Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL 2448 de 2017, con radicación 45211, con ponencia del magistrado Dr. Rigoberto Echeverry Bueno, consideró que el solo hecho de la insolvencia o iliquidez económica de la empresa, aceptada en un proceso de reorganización, no es excusa para exonerarla de la sanción moratoria, al indicar que “(...) incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe”.

En el presente caso es claro que G&F SERVICIOS LOGÍSTICOS SAS fue admitida en proceso de reorganización mediante auto emitido por la Superintendencia de Sociedades (fl.330) y se encuentra representada en el proceso mediante Curador ad-litem por lo que no obra en el proceso prueba alguna respecto al trámite del proceso de reorganización y posterior liquidación que permita establecer que la empresa ejerció actuaciones de una buena o mala fe, y en consecuencia no puede la Sala considerar que el actuar de la empleadora dentro del proceso de reorganización empresarial se encontraba encaminado a obtener ventajas o beneficios en su favor y en perjuicio de la trabajadora por lo que se mantiene la decisión de primera instancia en cuanto a que la indemnización moratoria se debe liquidar hasta el día 15 de junio del año 2016, fecha en que fue admitida en reorganización y en la forma en que fue liquidada en la sentencia recurrida.

Colombia Telecomunicaciones: Solicita se revoque la sentencia por considerar que no se cumple con el requisito del artículo 34 para que se predique la solidaridad

Frente al alcance de esta norma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL601 de 2018 reiteró lo manifestado en la sentencia SL12234-2014 del 10 de septiembre de 2014 dio precisión sobre este tema al expresar: *"(...) En dicho precepto se impone la solidaridad al beneficiario o dueño de la obra, respecto del valor de los salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales, cuando lo contratado obedezca a actividades normales de su empresa o negocio, sin perjuicio de que estipule con el contratista las garantías del caso o para que se repita contra él lo pagado. 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 los subcontratistas". "Tal disposición se inspira en el respeto por los derechos de los trabajadores, independientemente de la modalidad que adopten los contratantes, de manera que corresponde al juzgador, como primera medida, establecer si en efecto, la labor contratada hace parte del giro de los negocios ordinarios de la empresa, con el objetivo de resolver si existe o no solidaridad"*

En consonancia con los anteriores razonamientos jurisprudenciales encuentra la Sala que entre G&F SERVICIOS Y LOGÍSTICA SAS. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., existía un contrato de agencia comercial para la prestación de un servicio que fue cumplido por la demandante y que consistió en la asesoría comercial para la venta de servicios de Telecomunicaciones, siendo la actividad principal de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. "la organización, operación, prestación, provisión, explotación de las actividades, redes y los servicios de telecomunicaciones, tales como telefonía pública básica conmutada, local, extendida y de larga distancia nacional e internacional, servicios móviles, servicios de telefonía móvil (...)", aspecto que permite concluir, que efectivamente las funciones desempeñadas por la demandante no eran extrañas a la actividad principal de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y era quien verdaderamente se beneficiaba de su labor, por lo que se configuró la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del C.S.T. entre G&F SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., y en consecuencia se confirma en este aspecto la sentencia de primera instancia

Ahora, respecto a que solamente podría ser condenada al pago de las prestaciones indemnizaciones por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2015 y el 29 de febrero de 2016, como lo hizo con el llamado en garantía pues no existe prueba que entre el año 2011 y el 29 de octubre de 2015, existiera una relación contractual entre G&F SERVICIOS Y LOGISTICA y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, lo cierto es que las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia efectivamente corresponden al periodo comprendido al año 2015 y 15 días del año 2016 y no a prestaciones por periodos anteriores, respecto de los cuales encontró acreditado el pago de las prestaciones y en consecuencia proceden las condenas impuestas.

Seguros del Estado: Como manifestó los mismos argumentos respecto de la inexistencia de solidaridad entre el tomador del seguro y el asegurado dentro de la póliza vinculada al proceso, se mantiene la decisión pues la póliza cubre el pago de las acreencias laborales a que fue condenada y se excluyó de la misma la indemnización moratoria y las vacaciones.

En razón a las motivaciones expuestas, se CONFIRMA la sentencia impugnada en todas sus partes.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de segunda estarán a cargo de las demandadas. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como costas en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

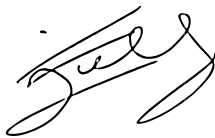
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de octubre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS.- Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo de las demandadas. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

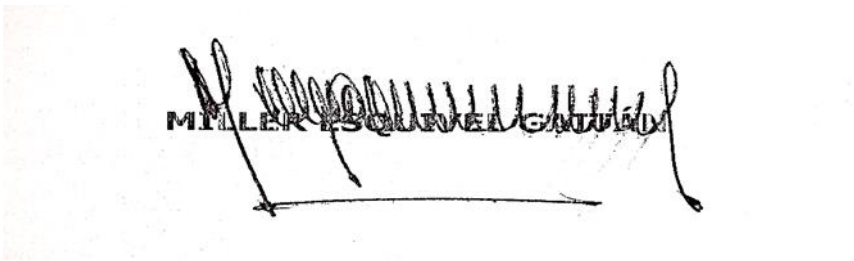
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUZMÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YORMARI GÁMEZ QUINTERO CONTRA NELSON MARTÍN DÍAS MENESES propietario del CENTRO DE ENSEÑANZA AUTOMOVILÍSTICA AUTO KAPITAL. Rad. 2018 – 00604 01. Juz. 38.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

YORMARY GÁMEZ QUINTERO demandó a NELSON MARTÍN DÍAZ MENESES COMO PROPIETARIO DE CENTRO DE ENSEÑANZAS AUTOMOVILÍSTICAS AUTO KAPITAL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 38 a 40

- Contrato de trabajo a término entre el 8 de noviembre de 2013 y el 8 de noviembre de 2019.
- Indemnización por despido sin justa causa
- Sanción del artículo 239 del C.S. del T.
- Descanso por licencia de maternidad
- Dos semanas de salario de acuerdo con el artículo 243 CST
- Reliquidación de las prestaciones sociales del año 2017 y 2018
- Mala fe de la demandada
- Indemnización del artículo 65 del C.S. del T.
- Sanción del artículo 99 de ley 50 de 1990
- indexación
- Uso de las facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls 34 a 38. Manifiesta que se vinculó el 8 de noviembre de 2013 con el demandado NELSON MARTÍN DÍAZ MENESES propietario del CENTRO DE ENSEÑANZA AUTOMOVILÍSTICA AUTO KAPITAL mediante contrato de trabajo a término fijo de uno a tres años, prorrogado por 3

años el 8 de noviembre de 2016 con una asignación salarial de un mínimo legal más el subsidio de transporte. Que le informó al empleador del estado de embarazo en la primera prórroga del contrato y no le concedieron las dos semanas de descanso preparto e inició su licencia de maternidad el 10 de diciembre de 2017, por lo que solo le fueron reconocidas por la EPS Compensar 16 semanas de licencia de maternidad por \$2.889.768 inferior al que debía corresponderle de \$3.917.221. Menciona que su empleador no pago los intereses a las cesantías ni las cesantías del año 2017 y citó a la demandante el 13 de abril del 2018 para ofrecerle un acuerdo debido a la situación económica de la empresa, de donde surgió un acta que fue firmada por las partes intervinientes pero no por la actora y seguido a esto, el empleador confirmó su despido el 13 de abril de 2018 pero no consignó los salarios correspondientes al acuerdo ni la indemnización por despido sin justa causa y las prestaciones sociales.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito visible a fls. 55 a 92.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la existencia del contrato, extremos, salario y cargo desempeñado, la fecha de nacimiento del hijo de la demandante, la reunión del 13 de abril de 2018, la cancelación del contrato a partir del 30 de junio de 2018, el periodo en que debía finalizar y negó los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito de inexistencia de la causa invocada por no existir comunicación de despido, pago de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 8 de noviembre de 2013 y el 17 de abril de 2018, condenó el pago de la reliquidación de prima de servicios del año 2017 en la suma de \$32.604, por cesantías del año 2013 \$97.167, por intereses de cesantías del año 2013 \$11.660, por sanción por no consignación de las cesantías del 2013 en un fondo por la suma de \$29.533.950; por indemnización por falta de pago de las prestaciones a la terminación del contrato \$1.424.268, por agencias en derecho \$2.000.000 y absolvió al demandado de las demás pretensiones. Llego a esa determinación al advertir que no hubo discusión respecto al salario y la fecha de inicio de labores y para tomar el extremo final del

vínculo terminó el 17 de abril de 2018 por no presentarse la demandante a laboral luego de superarse la licencia de maternidad según lo probado en los documentos aportados al proceso, ya que el acuerdo propuesto por el empleador no fue aceptado por la trabajadora y esta debía cumplir sus funciones, cosa que no sucedió a pesar de las comunicaciones hechas por el demandado. Condenó a pagar la diferencia de la prima de servicios del año 2017 con fundamento a que se hizo un pago menor al debido legamente, e igualmente condenó a la sanción por no haber pagado las cesantías en un fondo, ni demostrarse el pago directo en los casos permitidos por la ley y de la misma manera los intereses respectivos, ya que no se siguió el procedimiento legal correspondiente respecto de estos, lo que generó una condena desde la fecha en que debió pagarse hasta la terminación del vínculo laboral. Condenó también por la sanción de indemnización moratoria debido a que el demandado no probó una causa justificativa para el no pago al momento de terminación del contrato. Respecto las demás pretensiones consideró no prosperaban en el proceso debido a que hubo una justa causa para el despido y la actora no probó haber informado la reprogramación de la cesárea para que le sea concedido el ajuste de su licencia de maternidad y permisos preparto correspondientes.

Recurso de apelación

La apoderada de la **parte demandante** objeta respecto de la condena por la indemnización por despido injusto, y de la condena por la indemnización por falta de pago y los intereses a las cesantías. Adujo que se demostró la inconsistencia entre las fechas en las cartas y las conversaciones de WhatsApp con la actora, por lo que el despido se produjo en fecha diferente a la tomada en el proceso. Respecto a la indemnización del artículo 65 del C.S.T. el valor no corresponde lo mismo que por falta de consignación de las cesantías precisó que se liquidó la mora hasta la fecha que terminó el contrato, lo cual no es así, ya que la mora sigue vigente en la actualidad pues no se han cancelado este concepto y que se debe tener en cuenta la protección que ella tenía por su maternidad.

Por otra parte, la **parte demandada** apela lo relativo a la sanción moratoria impuesta para lo que manifestó que quedó probada la buena fe del empleador y que la actora se negó a recibir el pago de las prestaciones el 5 de mayo de 2018 y que no compareció a descargos a la empresa, y no reportó una cuenta bancaria a la empresa para la consignación de los pagos y de igual manera no reportó su verdadera dirección para que así el empleador se contactara con ella. Así mismo, indica que el empleador consignó las prestaciones sociales correspondientes cuando fue asesorado por un abogado, haciendo esto ante el juzgado 4º de pequeñas

causas laborales, dinero que ya fue retirado. De la indemnización moratoria dijo que la moneda no perdió poder adquisitivo ya que la consignación se hizo en menos de 3 meses. En lo relativo a la consignación de las cesantías del año 2013 manifestó que se hicieron los pagos directamente a la trabajadora por ser un valor mínimo y como prueba está que la trabajadora no hizo reclamo de estos anteriormente ya que se le pagaban directamente porque ella era quien realizaba los pagos de nómina. Por otra parte, solicita que si se mantiene la condena se de aplicación a la tasa máxima de créditos de libre asignación de acuerdo con la tasa de la superintendencia.

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

Parte demandante: Solicita se acceda en reparos a la decisión proferida según lo solicitado en las pretensiones en cuanto a la indemnización por no pago de cesantías ya que esta sigue causándose hasta que se pague al igual que la indemnización del artículo 65 del CST. Por otra parte, solicita se condene por despido injusto ya que quedó probado dentro del proceso, que se dio debido al actuar de mala fe del empleador, siendo contradictorio en su actuar y sus comunicaciones y violando la estabilidad laboral reforzada. Además de que se incumplió el acuerdo llegado entre los sujetos procesales, ya que a pesar de que este no tenía la firma de la demandante ella lo aceptó verbalmente y fue incumplido por el empleador para justificar el despido de la operaria.

Parte demandada: Pide sea absuelta de las condenas impuestas y se incorpore al acervo probatorio un recibo de caja con el que se pagó a la demandante. Por otra parte, dice que actuó de buena fe y cumplió con todos los pagos de prestaciones sociales, que le pagó personalmente las cesantías y sus intereses del 2013 mediante un recibo de caja que fue encontrado con posterioridad al proceso de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

Parte demandante:

Despido sin justa causa.- Acorde con la comunicación vista a folio 164 del expediente el demandado el día 5 de mayo de 2018 le comunicó a la demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo por cuanto habían transcurrido 17 días sin conocer justificación alguna que ameritara su ausencia laboral a pesar de los diferentes requerimientos, lo que es acorde con la liquidación final de prestaciones sociales que obra a folio 162 en la cual se determina como fecha de retiro el 5 de mayo de 2018, por lo que esta es la fecha de terminación de la relación laboral y no el 17 de abril de 2018 como se indicó en la sentencia.

Es de anotar que la relación laboral no terminó el 13 de abril de 2018 como lo pretendía la actora, toda vez que ella misma en el interrogatorio de parte manifestó que no firmó la carta del acuerdo porque no estaba conforme con el acta que obra a folios 19 a 20 y 108 a 109, donde le ofrecían el pago del salario hasta la terminación del contrato, lo que se corrobora también con el WhatsApp que obra a folio 104, donde le informa a la señora Johanna "yo no he firmado la carta porque no estoy de acuerdo con lo que dice esa acta" por lo que se acreditó que la oferta del empleador no fue aceptada y en consecuencia la demandante debía reintegrarse a sus labores el 17 de abril de 2018.

Ahora, es claro que el empleador en este caso requería la autorización del Ministerio de Trabajo para despedir a la actora, ya que se encontraba dentro de los tres meses posteriores al parto, lo que no hizo; sin embargo, ello no fue objeto de apelación por lo que no puede ser objeto de estudio en esta instancia.

La condena por despido injusto de que trata el artículo 64 del C.S.T., que es una condena diferente a la contenida en el artículo 239 del C.S. del T., y al respecto se reitera que a folio 164 el empleador le comunicó la terminación del contrato el 5 de mayo de 2018 por no presentarse a laborar sin una justificación y a folio 112 obra la comunicación en la que le informan, el 25 de abril de 2018 que daría por terminado el contrato de trabajo de no presentarse a laborar, comunicaciones que fueron remitidas vía Servicios Postales 472 a la dirección suministrada por la actora el 11 de marzo de 2018 (fl. 100) y el cambio de dirección que se comunicó mediante WhatsApp solo fue informado el 9 de mayo de 2018, esto es, con posterioridad a la terminación del contrato.

Así las cosas, se encuentra acreditada la existencia de una justa causa para despedir a la actora, pues conforme con la documental mencionada, la demandante no se reintegró a sus labores al vencimiento de la licencia de maternidad, lo que debió realizar, pues el acuerdo propuesto por el empleador no había sido aceptado por la

trabajadora y por lo tanto se ajusta a la causal contenida en el numeral 6º del artículo 62 del C.S. del T., esto es el incumplimiento de las obligaciones del trabajador contenidas en la cláusula primera del contrato (fl. 96), por lo que no hay lugar a la condena deprecada.

Sanciones de los artículos 99 Ley 50/90 y 65 del C.S. del T.- son objeto de inconformidad tanto por la parte actora como por la demandada.

Al respecto ha de analizarse la buena fe del empleador como de vieja data se ha determinado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia de marzo 16 de 2005 expediente 23987 donde manifestó:

«La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud" (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223), como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958.

Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.»

Al seguir este derrotero se tiene que. si bien el demandado canceló algunas de las acreencias laborales que le correspondían a la demandante, no acreditó haber efectuado el pago de las cesantías ni los intereses a las cesantías del año 2013, como tampoco liquidó correctamente la prima de servicios del año 2013 y por último, la liquidación final de las prestaciones sociales no fueron depositadas sino hasta el 6 de agosto de 2018 (fl.s 160 y 161) cuando el contrato terminó el 5 de mayo de 2018, sin que se puedan tener en cuenta pruebas posteriores a las aportadas en la oportunidad legal, toda vez que no se encuadran dentro de los casos establecidos en los artículo 83 y 84 del C.P.T. ya que la parte interesada tuvo la oportunidad de aportarlas en la primera instancia y no lo hizo, por lo que no hay lugar a declarar probada la buena fe del empleador.

Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley el auxilio de cesantías, surge otra obligación a su cargo, que es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, la omisión de dicho pago directo trae como consecuencia la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías corre hasta la terminación del contrato y a partir de allí corresponde el pago de la sanción contenida en el artículo 65 del C.S.T. y no como lo pretende la parte actora.

Así, lo ha señalado de vieja la jurisprudencia, entre otras en la sentencia 35603 de 2011, donde expresó lo siguiente:

"Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral."

En consecuencia, como en el caso en estudio, se condenó al demandado al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y a la sanción por falta de pago de las prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, la primera se debe liquidar hasta la fecha de terminación del contrato esto es hasta el 17 de abril de 2018 y a partir de allí es remplazada por la indemnización contenida en el artículo 65 del C.S. del T.

De acuerdo con lo expuesto, como se determinó que la terminación del contrato de trabajo se dio el 5 de mayo de 2018 y no el 17 de abril del mismo año; habría lugar a modificar el valor de la sanción por falta de consignación de las cesantías y de la indemnización moratoria liquidadas por el juzgado, sin embargo, ello no fue objeto de controversia por las partes y realizadas las operaciones aritméticas estas se encuentran acordes con el tiempo correspondiente, teniendo en cuenta el salario devengado y el pago de las prestaciones que se realizó el 6 de agosto de 2018.

Por lo anterior, debe modificarse la sentencia recurrida en cuanto al numeral primero respecto a la fecha de terminación del contrato de trabajo el 5 de mayo de 2018 y se confirmará en lo demás.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de febrero de 2020, respecto a indicar que la fecha de terminación del contrato de trabajo es el 5 de mayo de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

TERCERO: .- COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

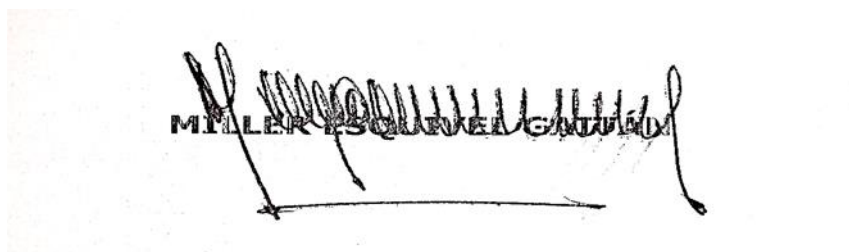
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HUMBERTO ALEJANDRO LEAL SÁNCHEZ CONTRA CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A., BETA SERVICIOS TEMPORALES SAS Y ACRECER TEMPORAL LTDA. Rad. 2019 – 00048 01. Juz. 39.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a resolver en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la decisión tomada por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia del 29 de enero de 2020 mediante el cual se negó el decreto de la nulidad de lo actuado solicitada y si hay lugar se resolverá sobre la apelación de la sentencia.

AUTO

ANTECEDENTES

La apoderada judicial de la parte demandante al inicio de la audiencia del 29 de enero de 2020 solicitó la nulidad de lo actuado en el proceso para lo que invocó el numeral 5º del artículo 133 del C.G.P por considerar que el juzgado no tuvo en cuenta la excusa presentada por el demandante para la inasistencia al interrogatorio de parte ni la solicitud para que practicara por medios tecnológicos; y respecto del testimonio de la señora Martha Cecilia Acevedo Chavarriaga, manifestando que existió un error en la información a la anterior apoderada, respecto a que no se iba a practicar la prueba en esa oportunidad, motivo por el que ella no compareció a la audiencia.

El juzgado al resolver manifestó que no era procedente la nulidad invocada por la parte actora por cuanto no se configuraba la causal invocada ya que la prueba de interrogatorio de parte había sido decretada por solicitud de la parte demandada y no por solicitud del demandante; señaló que la audiencia estaba citada con meses de anterioridad y para ese momento no se aportó justificación alguna para la inasistencia de ninguno de los testigos por lo que se practicó el único testimonio de

quien se hizo presente; que la testigo no compareció no obstante que la apoderada del actor le insistió en llamadas al celular que ella no contestó. Consideró que no se pueden subsanar yerros que la misma parte cometió y que la parte actora continuó la actuación sin interponer recurso de apelación contra la decisión que se tomó en esa oportunidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora interpone el recurso de apelación contra la decisión anterior, para lo que argumenta que no se tomó en cuenta la excusa que se presentó en cuanto a que el demandante estaba fuera del país y que el motivo por el que no se solicitó con anterioridad que el interrogatorio se hiciera por medios tecnológicos fue porque no se había decretado la prueba y por eso una vez decretada se hizo la solicitud. Resaltó que no se suspendieron las audiencias anteriores por decisión de la parte demandante. En cuanto al testimonio de Martha Acevedo manifestó que en la audiencia anterior se le informó por el juzgado a la apoderada que compareció en esa oportunidad, que no se practicarían los testimonios y por eso no se hizo presente al despacho la testigo, sino únicamente el testigo que ya venía en camino, razones por las que considera se deben practicar las mencionadas pruebas.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el auto que decida sobre nulidades procesales es apelable conforme al numeral 6º del artículo 65 del C. P. del T. se precisa que el análisis del recurso se realiza en consonancia con los argumentos expresados en la apelación interpuesta contra el auto proferido el 29 de enero de 2020 y analizados en la providencia recurrida.

El artículo 133 del C.G.P. establece que el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

“1. ...

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria...”

En el caso en estudio, las demandadas ACRECER TEMPORAL LTDA, CONSTRUCTORA BOLÍVAR SA y BETA SERVICIOS TEMPORALES SAS solicitaron como prueba en la contestación de la demanda el interrogatorio de parte que debía absolver el demandante HUMBERTO ALEJANDRO LEAL SÁNCHEZ, para lo cual se aportó el interrogatorio en sobre cerrado. Esta prueba fue decretada en audiencia del 3 de

diciembre de 2019 y conforme a la documental que obra a folios 333 a 334 el demandante no compareció a la audiencia por encontrarse fuera del país, momento en el cual se solicitó por la parte demandante se surtiera el interrogatorio de parte a través de los medios tecnológicos que establece el artículo 171 del C.G.P, lo que fue rechazado por el juzgado por cuanto señaló que la parte actora no efectuó la solicitud de manera anticipada para coordinar los medios tecnológicos necesarios y la audiencia había sido señalada desde el 23 de octubre de 2019. No aceptó la justificación para su inasistencia ya que según el dicho de la apoderada pese a estar estudiando en otro país, podía asistir a la audiencia pero era costoso hacerlo; y no le manifestó al juzgado con anticipación esta situación sin una justificación por lo que le impuso la sanción establecida en el artículo 204 del C.G.P. Contra esta decisión si bien no se interpuso propiamente el recurso de reposición la juez adecuó lo manifestado por la apoderada y resolvió como tal, negándose a reponer la decisión, sin que la parte actora interpusiera recurso de apelación.

Es cierto, como lo manifestó la Juez en primera instancia que el proceso había sido radicado en mayo de 2016 ante el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá y que fue remitido a ese despacho en febrero de 2019 sin que se pudiera realizar la audiencia en las varias fechas anteriormente programadas, por lo que considera la Sala que el demandante al encontrarse fuera del país desde junio de 2019, esto es con 6 meses de anterioridad a la audiencia siendo que ésta fue fijada mediante auto del 23 de octubre de 2019, debió informar con anticipación que se encontraba fuera del país; y bien pudo programar su viaje para estar presente en la audiencia, o si le era muy costoso como se manifestó en la audiencia, debió solicitar previamente al juzgado que se implementaran los mecanismos tecnológicos necesarios o en su lugar aportarlos por intermedio de su apoderada con la debida anticipación, pues no era una situación imprevista sino un viaje previamente programado para un periodo aproximado de un año, ya que solo regresaría al país en junio del año siguiente.

Aunado a lo anterior, el juzgado mediante los autos de fechas 26 de julio de 2019 (fl. 326) y 23 de octubre de 2019 (fl. 328) mediante los cuales fijó fecha y hora para la realización de la audiencia, indicó que en la fecha señalada tendría lugar la audiencia de que trata el artículo 77 y de ser posible la del artículo 80 del C.P.T., por lo que las partes tenían conocimiento que en esa oportunidad no solo se decretarían las pruebas solicitadas por las partes, sino que de ser posible también se realizaría la práctica de las pruebas, como en efecto se hizo en la audiencia del 3 de diciembre de 2019; se oírían los alegatos y se proferiría la sentencia correspondiente, por lo que eran conocedoras que para la fecha fijada debían comparecer las partes, sus apoderados y los testigos, en disponibilidad para rendir

los interrogatorios de parte y los testimonios solicitados y que fueran decretados en el curso de la audiencia.

Por último, la apoderada no interpuso recurso de apelación contra la decisión del A-quo respecto a la negativa a tener en cuenta la justificación que presentó la parte actora para no asistir a la audiencia ni haber solicitado previamente la práctica del interrogatorio mediante los mecanismos tecnológicos que dispone el artículo 171 del C.G.P., por lo que esta decisión quedó en firme y se continuó con el trámite de la audiencia practicando las demás pruebas decretadas, sin que la parte actora alegara la nulidad que ahora invoca, lo que va en contravía con lo dispuesto en el artículo 135 del C.G.P. toda vez que continuó actuando en el proceso sin proponerla.

Ahora, frente a la prueba del testimonio de la señora Martha Cecilia Acevedo que fue solicitada en la demanda y decretada en audiencia del 3 de diciembre de 2019, la testigo no compareció a la audiencia, pues según lo manifestado en el audio al momento de practicar el testimonio la apoderada manifestó que la señora Martha Acevedo estaba en una reunión en la Universidad del Rosario y no se podía retiraren cambio, respecto del señor Antonio López indicó que se había devuelto porque le habían informado que no se iban a practicar las pruebas.

El juzgado accedió a la práctica de la prueba del señor Antonio López por cuanto encontró que en efecto existió una errada información por parte del despacho ya que le manifestaron que no se practicarían las pruebas ese día, pero no respecto de la testigo Martha Cecilia Acevedo, puesto que ella no estaba disponible para rendir el testimonios sino que se encontraba en una reunión en la Universidad del Rosario y no trajo excusa alguna ni contestó la llamada al celular que le hiciera la apoderada, razón por la que el juzgado programó la audiencia para recibir únicamente el testimonio de Antonio José López Ávila.

Escuchado el audio de la audiencia del 3 de diciembre de 2019 se tiene que en efecto la testigo no compareció a la diligencia porque se encontraba en una reunión en la Universidad del Rosario y que no contestó la llamada al celular que le hizo la apoderada como allí se mencionó, lo que significa que su inasistencia se debió a falta de interés de la parte en la práctica de la prueba y no a la errada información que se suministró por el juzgado.

De lo anterior, se concluye que en el caso en estudio no se omitió la oportunidad para solicitar las pruebas; tampoco la oportunidad para decretar o practicar pruebas, ni se omitió la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley fuera obligatoria, por cuanto es de resaltar que la audiencia había sido programada desde el 23 de

octubre de 2019 para realizarla el 3 de diciembre del mismo año y por falta de interés de la parte actora se dejaron de practicar en su oportunidad las pruebas decretadas, por lo que no se presenta causal para declarar la nulidad deprecada y en consecuencia se CONFIRMA la decisión tomada en la audiencia del 3 de diciembre de 2019.

En consonancia con lo anterior, se procede a continuación a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2020.

SENTENCIA

HUMBERTO ALEJANDRO LEAL SÁNCHEZ demandó a CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A., BETA SERVICIOS TEMPORALES SAS Y ACRECER TEMPORAL LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 8 a 11

- Se declare la nulidad de la conciliación
- Se declare la primacía de la realidad en el contrato suscrito entre las partes
- Se tengan como factor salarial los bonos, primas extralegales y viáticos devengados
- Se declare que no se tuvieron en cuenta horas extras, dominicales, festivos.
- Se declare que no se tuvieron en cuenta los factores salariales para el pago de aportes a seguridad social
- Reliquidación de prestaciones incluyendo horas extras, dominicales, festivos, primas extralegales, viáticos y bonos.
- Reliquidación de vacaciones
- Sanción del artículo 99 de la Ley 50/90
- Sanción moratoria artículo 65 C.S.T.

Los hechos de la demanda se describen a fls 3 a 8. Manifiesta que el 6 de mayo de 2005 suscribió contrato con ACRECER TEMPORAL LTDA como trabajador en misión en el cargo de “asesor liner” para la empresa usuaria CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. con un salario variable debido a las comisiones por ventas. Que laboró horas extras, dominicales y festivos y que percibía bonos y primas extralegales que no fueron tenidas en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales. Indica que laboró con Acrecer Temporal Ltda hasta el 24 de octubre de 2008 y a partir del 11 de noviembre de 2008 fue trasladado a la temporal BETA SERVICIOS TEMPORALES sin dejar de asistir a prestar su labor. Que BETA SERVICIOS TEMPORALES SAS tampoco tuvo en cuenta los factores salariales señalados para la liquidación de prestaciones sociales. Que al sobrepasar los límites para la contratación de trabajadores en misión CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. actuó de mala fe. Que se suscribió una conciliación

el 8 de noviembre de 2013 mediante la cual se declara a paz y salvo a BETA SERVICIOS TEMPORALES SAS y CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. donde no se cancelaron los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador por lo que es nula la conciliación y que se radicó queja ante el Ministerio de Trabajo para que se investigue a las empresas.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 133) y corrido el traslado, las accionadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

ACRECER TEMPORAL SAS (fl. 163 a 177)

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la existencia del contrato y la conciliación, negó los demás hechos o manifestó que no le constaban.
- Formuló como excepción previa la de prescripción y como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, falta de causa, mal fe del demandante y prescripción.

CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. (fls. 212 a 224)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó la existencia de la conciliación y manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda
- Propuso como excepción previa la de cosa juzgada surgida con ocasión del acuerdo conciliatorio y como excepciones de fondo las de cosa juzgada, compensación, buena fe, prescripción y la genérica

BETA SERVICIOS TEMPORALES (fls. 237 a 252)

- Se opuso a las pretensiones
- Aceptó la existencia la conciliación y la existencia de beneficios extralegales de naturaleza no salarial y la reclamación presentada por el actor. Negó o manifestó que no le constaban los demás hechos.
- Propuso como excepción previa la de prescripción y como excepciones de fondo las de pago, cobro de lo no debido, buena fe, la innominada, compensación y cosa juzgada.

Mediante auto del 21 de noviembre de 2018 (fl. 318) el Juez 38 Laboral del Circuito de esta ciudad, se declaró impedido para continuar conociendo del proceso conforme al numeral 1º del artículo 141 del C.G.P. y remitió el proceso al Juzgado 39 Laboral

del Circuito de Bogotá, quien avocó el conocimiento mediante auto del 25 de febrero de 2019 (fl. 321)

Adelantado el trámite del proceso y practicadas las pruebas decretadas en audiencias del 3 de diciembre de 2019 y del 29 de enero de 2020 se solicitó en ésta última audiencia la nulidad de lo actuado lo que fue negado por el Juzgado en la misma audiencia y se concedió el recurso de apelación que fue resuelto al inicio de esta providencia y a continuación se procedió a proferir sentencia.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró PROBADA LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA y ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas a la parte actora. Encontró la juez de primera instancia que la conciliación efectuada entre las partes se encontraba ajustada a derecho por cuanto no se probó lo que alega la parte demandante en cuanto a que existía error en consentimiento por no liquidar todos los derechos del trabajador y tenía objeto ilícito. Señaló que en esa oportunidad las partes manifestaron que durante varios periodos independientes entre sí el demandante había prestados servicios como trabajador en misión y que le fueron cancelados todos los salarios y prestaciones que le correspondían, pero que como a la finalización del contrato el demandante manifestó su inconformidad se le realizó el pago de lo que Beta creía deber el 21 de mayo de 2013 y en definitiva se pactó que las partes de manera voluntaria acordaron pagar adicionalmente la suma de \$90.000.000 para conciliar el conflicto y en caso de desconocer la calidad de cosa juzgada de la conciliación el demandante resultaría deudor de la mencionada suma junto con los intereses. Manifestó que el demandante aceptó que siempre estuvo como trabajador en misión mediante diferentes vínculos y no existió continuidad del servicio, además de existir causas diferentes para la contratación. Que la conciliación no se realizó en un solo día y tuvo asesorías para las partes. Por ello consideró que no se demostraron los vicios que se alegan ya que no se probó el error aritmético y no existía certeza de que se hubieran causado los derechos por lo que eran inciertos e discutibles y en consecuencia podían ser objeto de acuerdo entre las partes. Consideró que los factores salariales discutidos en el proceso y que fueron objeto también en la conciliación no cambian por el hecho de que se declare la existencia de un contrato realidad. Por lo expuesto, declaró probada la excepción de cosa juzgada y se relevó del estudio de las demás excepciones. No Declaró probada la excepción de prescripción respecto de Acrecer Temporal quien no fue parte de la conciliación por

cuanto la conciliación cobijó los mismos extremos temporales que se alegan en la demanda.

Recurso de apelación

La apoderada de la **parte demandante** manifiesta su inconformidad con la decisión tomada en primera instancia para lo cual indicó que en el proceso se debate que sea declarada nula conciliación por cuanto no se cumplió lo dispuesto en la Ley 50/90 que vulneró los derechos del trabajador pues se concilió que existieron diferentes contrataciones con temporales para realizar funciones propias de constructora Bolívar. Afirma que la conciliación pretendió legalizar lo ilícito que hicieron la empresa temporal y la usuaria, porque el actor siempre trabajó para Constructora Bolívar y por ello debe declararse el contrato con la Constructora y tenerse los bonos como factor salarial ya que el testigo da fe de que los bonos eran por el cumplimiento de metas por lo que las temporales deben asumir solidariamente las acreencias pretendidas.

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

Parte demandante:

Solicita se declare la nulidad de la conciliación realizada en primera instancia entre las partes de este proceso, y el actuar procesal relacionado a no practicar el testimonio de Martha Chavarriaga debido a que la anterior apoderada le dijo que no asistiera porque un funcionario judicial del proceso le dijo que no se iban a practicar esos testimonios, situación que llevó a que posteriormente el juez declarara precluida esta oportunidad. Adicionalmente las partes presentaron al actor el acuerdo luego de esta conducta ilícita, es decir, se debe declarar nula esta actuación por carecer de objeto lícito y se acceda a las pretensiones del proceso dando aplicación al principio de realidad sobre las formas

Parte demandada:

- **Constructora Bolívar:** Pide se confirme el fallo y se condene en costas a la actora ya que no se demostró ningún vicio de nulidad o desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles como lo alega la actora. Así mismo dice que las pruebas no se practicaron por culpa de la parte que lo solicitó y no por el juzgado de instancia.
- **Acrecer Temporal:** Requiere se confirme la sentencia proferida debido a que operó la prescripción por no presentar a tiempo el actor sus solicitudes y

además este desarrolló varias relaciones laborales diferentes en el tiempo y espacios de trabajo, acreencias laborales correspondientes que fueron pagadas en la conciliación

- **Beta Servicios Temporales:** solicita se confirme el fallo de primera instancia en razón a que con el actor hubo una relación laboral por medio de un contrato entre esta y una empresa de servicios temporales, sus acreencias laborales fueron pagadas, fue despedido por la finalización de la obra labor para la cual fue contratado. De igual manera, que la conciliación realizada fue lícita y el objeto de esta no afectó derechos ciertos e indiscutibles por lo que se presentaría la excepción de cosa juzgada

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

Parte demandante:

La apoderada de la parte demandante manifiesta su inconformidad con la decisión tomada en primera instancia por cuanto se debate que sea declarada nula conciliación por incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 50/90, lo que vulneró los derechos del trabajador, pues se concilió que existieron diferentes contrataciones con temporales para realizar funciones propias de constructora Bolívar, lo que pretendió legalizar lo ilícito que hicieron la empresa temporal y la usuaria y por ello debe declararse el contrato con la constructora y tenerse los bonos como factor salarial.

Es de señalar que la conciliación es un instrumento de autocomposición de un conflicto, en el que las partes de común acuerdo y con la intervención del conciliador llegan a un acuerdo sobre los derechos que se reclaman o de los intereses alegados por cada una de las partes, por lo que es una actividad preventiva, toda vez que busca la solución anticipada de un conflicto mediante el ofrecimiento de fórmulas o posibilidades de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir al proceso judicial o para terminarlo anticipadamente una vez iniciado.

Para que una conciliación laboral sea válida se deben cumplir una serie de requisitos formales y de fondo como es el tipo de derecho conciliable, la competencia del

conciliador; las partes que concilian y el contenido del acta de conciliación ya que la conciliación laboral procede únicamente respecto a derechos inciertos y discutibles, es decir, sobre aquellos sobre los que existan dudas sobre su existencia o su exigibilidad.

Al respecto la Sala Laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 63129 del 29 de mayo de 2019 señaló:

«Sin embargo, en este campo, ese ejercicio preventivo y solucionador de conflictos, tiene límites en el respeto a los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador, entendidos aquellos, como los que se han configurado por haberse cumplido los supuestos de hecho que determinan las normas que los consagran, por lo que para que pierda esa connotación, esto es, que un derecho sea discutible, y por ende susceptible de ser negociado, no basta con que el empleador lo cuestione en el llamado judicial, de manera tal que cualquier beneficio o garantía pueda ser renunciable por el trabajador, so pretexto de que el empleador controvierta su nacimiento, por lo que, se ha señalado, que «...un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad...» (CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332 y CSJ SL4464-2014, entre otras).»

Así las cosas, un derecho es cierto e indiscutible cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad, esto es, cuando existe certeza sobre las condiciones que generaron su causación.

En el caso en estudio, la conciliación se realizó en el Juzgado Quince Laboral de Descongestión el 8 de noviembre de 2013 (fls. 225 a 229) y en ella se indicó en el numeral 4º que “a la terminación del último vínculo contractual que existió entre HUMBERTO ALEJANDRO LEAL SÁNCHEZ y BETA SERVICIOS TEMPORALES SAS el extrabajador manifestó su inconformidad puesto que en su opinión la liquidación final de acreencias laborales estaba incompleta, toda vez que no consideraron al momento de calcular los distintos derechos, la totalidad de las bases salariales causadas....”

En el numeral 6º se señaló que, no obstante, el pago que el empleador había realizado el 21 de mayo de 2013, “el demandante insistió en su reclamación, al cual adicionó la pretensión de considerar que durante todo el tiempo de servicio indicado al principio del acta, en realidad se presentó una única relación contractual de la cual el verdadero empleador fue CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. y BETA SERVICIOS TEMPORALES SAS fue una simple intermediaria.” El numeral 7º menciona que se

habían realizado “un número importante de sesiones de negociación acudiendo incluso a terceros asesores (cada parte) quien les han orientado en la construcción de fórmulas conciliatorias”

En el numeral 9º se indicó que “con la fórmula conciliatoria queda superada cualquier diferencia declarando HUMBERTO ALEJANDRO LEAL SÁNCHEZ satisfechas la totalidad de sus aspiraciones” y en consecuencia las partes llegaron a un acuerdo de pago de “la suma de \$90.000.000 a título de suma única para conciliar, transigir y compensar el conflicto advertido así como cualquier otro eventual que se llegare a presentar entre las partes con ocasión de los servicios relacionados en la presente diligencia”

Conforme a lo anterior la existencia de un solo contrato de trabajo en la que el empleador era CONSTRUCTORA BOLÍVAR SA no era un derecho cierto e indiscutible, pues precisamente existía la duda sobre la existencia de los hechos que le daban origen y en consecuencia no existía certeza sobre este hecho por lo que requería que previamente así se declarara, mediante un proceso ordinario, para que se constituyera en un hecho cierto que diera lugar a la exigibilidad de los derechos correspondientes y precisamente para no acudir al proceso judicial se llevó a cabo dicha conciliación; por lo que respecto a este punto no puede decirse que era ilícito el objeto de la conciliación o que esta se hubiera realizado sobre un derecho cierto e indiscutible.

En cuanto a que deben tenerse en cuenta como factores salariales las horas extras, dominicales, festivos y compensatorios, así como los bonos spife, bonos de mera liberalidad, primas extralegales y viáticos. es claro que no son derechos ciertos e indiscutibles, toda vez que los hechos que sirven de fundamento son precisamente los que se encuentran en discusión, por lo que su certeza está supeditada al reconocimiento en proceso declarativo ante la jurisdicción ordinaria, es decir, que existía una circunstancia que impedía su exigibilidad, por lo que en efecto podían ser válidamente conciliados, como en efecto se hizo en esa oportunidad en que quedó constancia que se “discutieron todo tipo de reclamaciones sobre la naturaleza no salarial de beneficios, primas extralegales, auxilios extralegales, bonos, entre otros, así como diferencias sobre su incidencia salarial y prestacional....”

Acorde con lo expuesto, no es de recibo lo manifestado por la recurrente respecto a que es ilícita la conciliación porque no se cumplió en la contratación lo dispuesto en la Ley 50/90, pues se reitera, en la conciliación no se incluyeron derechos ciertos e indiscutibles sino por el contrario, se fundamentó en los hechos que podían dar lugar

a derechos del trabajador previa declaración judicial y por ello al tratarse de derechos inciertos y discutibles podían ser objeto de conciliación.

Conforme a lo expuesto, se debe confirmar en todas sus partes la sentencia objeto de recurso.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

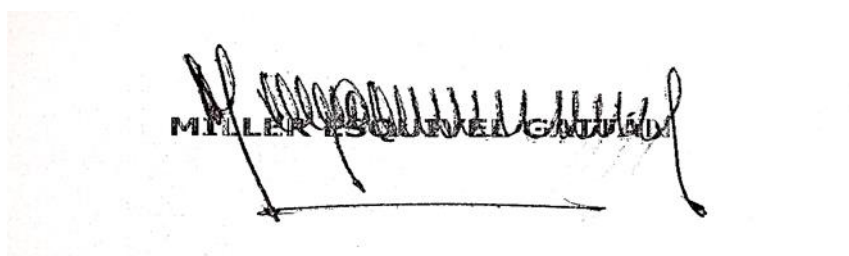
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIA INÉS LÓPEZ POMBO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00271 01. Juz. 8º.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LILIA INÉS LÓPEZ POMBO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 4 y 5.

- Aplicar el principio de favorabilidad
- Reliquidar la pensión de vejez aplicando los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049/90 sobre una tasa de remplazo del 90% teniendo en cuenta tiempo aportados a FONPRECOM conforme a la sentencia SU-769 de 2014
- Cancelar la diferencia resultante como retroactivo.
- Intereses de mora
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 y 6. Manifiesta que la demandante nació el 11 de junio de 1957, cumplió los 55 años el 11 de junio de 2012 y ha cotizado a COLPENSIONES un total de 1498,71 semanas. Que es beneficiaria del régimen de transición y prestó sus servicios al sector privado desde septiembre de 1979 a marzo de 2010 y de manera simultánea al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República desde agosto de 1995 a julio de 1998 pues prestó sus servicios a la Cámara de Representantes

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado y notificadas COLPENSIONES y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contestó la demanda COLPENSIONES en los términos del escrito visible a fls. 57 a 62 y 66 a 67

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento y edad de la accionante y manifestó que no le constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de la buena fe y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 16 de julio de 2020 en la cual declaró que la señora LILIA INÉS LÓPEZ POMBO tiene derecho a la reliquidación de la pensión reconocida por COLPENSIONES incluyendo el cálculo del IBL del tiempo reportado en Fonprecom del 1º de agosto de 1995 al 1º de julio de 1998. Condenó a COLPENSIONES a pagar las diferencias en las mesadas pensionales producto de la reliquidación a partir del 12 de abril de 2016, teniendo como primera mesada pensional para el 11 de junio de 2012 la suma de \$1.438.938. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción para las diferencias causadas antes del 12 de abril de 2016 y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para resolver señaló que lo pretendido por la parte actora es la inclusión de los tiempos cotizados a Fonprecom como empleada pública durante 1995 a 1998 para reliquidar la pensión que le fue reconocida conforme al Acuerdo 049 de 1990, lo cual consideró procedente conforme a la sentencia SL-1947/20 que aceptó la procedencia de la inclusión de los tiempos públicos y privados. Para ello tuvo en cuenta las certificaciones allegadas al proceso y reliquidó la pensión en la forma solicitada y determinó como mesada pensional la suma \$1.438.938. En cuanto a los intereses de mora mencionó que estos no proceden para la reliquidación de las pensiones y en su lugar ordenó el pago de la indexación de las sumas correspondientes a las diferencias causadas. Encontró probada la excepción de prescripción de las diferencias causadas antes del 12 de abril de 2016.

CONSULTA

Como quiera que la sentencia de primera instancia fue adversa a la demandada COLPENSIONES y no fue objeto de alzada, debe conocer esta Corporación del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del proceso en el grado jurisdiccional de consulta como ya se indicó y en consecuencia, procede a revisar si se debe reliquidar la pensión de vejez reconocida a la demandante conforme al Acuerdo 049 de 1990, tomando para el efecto los tiempos cotizados a FONPRECON y los cotizados al ISS hoy COLPENSIONES y como resultado de ello reconocer la diferencia resultante, en forma retroactiva desde la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez.

La sentencia SL-1947 de 2020 citada por la Juez A-quo como fundamento de su decisión señaló lo siguiente:

"No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían

las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.”

Al respecto debe tenerse en cuenta que en esa oportunidad al igual que en la sentencia SL-1981 de 2020 la Corte Suprema de Justicia analizó casos en que los accionantes solicitaban el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a lo previsto en el Decreto 758 de 1990, para lo cual narraban que habían cumplido el requisito de la edad, que eran beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que había laborado tiempos públicos y tiempos privados sin obtener el reconocimiento pensional, es decir, que en esos procesos se pretendía el reconocimiento de la prestación, lo que es acorde con lo indicado en la sentencia SU-769 de 2014.

Conforme a lo anterior, la sentencia en que se basó la decisión de primera instancia no es una situación similar a la analizada en este proceso, pues en este caso no se trata de una persona que pretende consolidar el derecho a una pensión con semanas cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, sino la reliquidación de una pensión que ya le fue reconocida en porcentaje del 90% por cumplir los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Es de tener en cuenta que en las citadas sentencias, así como en la sentencia SU-769 de 2014 y en la sentencia SU 057 de 2018, la posición ha sido la de dar la posibilidad a los afiliados de acumular tiempos de servicios del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, con los tiempos efectivamente cotizados al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, pues dicho régimen pensional no exige en su articulado que las cotizaciones deban ser efectuadas en forma exclusiva al Seguro Social, y por ello procede esta acumulación para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 siempre y cuando no exista otro régimen pensional anterior que le permita al afiliado concretar su derecho a la pensión de vejez, y que con dicha acumulación no se pretenda el reajuste o la reliquidación de la pensión de vejez.

Las citadas sentencias pretenden maximizar la oportunidad de las personas que no cumplían los requisitos exigidos en alguno de los regímenes anteriores a los que se encontraban afiliados y que por ello perdían los beneficios de la transición y quedaban acogidos íntegramente a la ley vigente. Es decir, que su finalidad es proteger el goce efectivo del derecho a la seguridad social de quienes no lograban

acceder a la pensión de vejez bajo ningún régimen pensional anterior, siendo la única alternativa para adquirir el derecho el sumar los tiempos cotizados tanto al ISS hoy Colpensiones, como a cajas o fondos de previsión social, para lograr acreditar los requisitos mínimos del Acuerdo 049/90.

Así las cosas, no procede la aplicación de la citada sentencia SL-1497 de 2020 citada en la sentencia de primera instancia para reconocer la reliquidación de una pensión que le fue otorgada a la actora por cumplir los requisitos del Acuerdo 049/90, sino que se debe tener en cuenta solo para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

Además, lo solicitado desconoce que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 existían otros regímenes con características propias, entre otros, Ley 71/88 que le permitía a la actora la acumulación de tiempos públicos y tiempos cotizados al ISS por lo que lo procedente era la aplicación de la norma que más favorecía a la demandante, entre la Ley 71/88 y el Decreto 758/90, ya que cumplía requisitos para obtener la prestación por cualquiera de los dos regímenes y en el caso en estudio la que más le favorecía era el Decreto 758/90 que le permitía obtener una tasa de remplazo del 90% como en efecto se le reconoció en la Resolución GNR 013469 del 20 de febrero de 2013 en contraposición al 75% que le permitía la Ley 71/88.

Conforme a lo expresado, no es procedente la acumulación de tiempos públicos y privados ya que la demandante NO se encontraba en la situación analizada en ninguna de las sentencias mencionadas, pues a ella se le reconoció la prestación conforme al Acuerdo 049/90 contabilizando 1498,71 semanas cotizadas al ISS con tasa de remplazo del 90% desde el 11 de junio de 2012 según lo manifestado en los hechos de la demanda, ya que solo aporta la primera hoja de la Resolución correspondiente, cuando es claro que podía haber adquirido la pensión acogiénose a la Ley 71/88 que le permitía acumular los tiempos públicos y privados.

Lo deprecado entonces, es la aplicación parcial de una norma para el reconocimiento pensional y de otra para la liquidación de la mesada pensional, lo cual no es procedente dada la inescindibilidad de la norma bajo la cual ha de regirse el asunto en concreto, por lo que en su caso, deben ser aplicadas las normas del régimen de transición y el Decreto 758 de 1990 en su integridad por ser más favorables y no parcialmente, como lo pretende para obtener una reliquidación de la pensión.

De conformidad con lo expuesto, se **revoca** la sentencia consultada y en su lugar se absuelve a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Costas. – Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de julio de 2020 para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia por conocer en consulta.

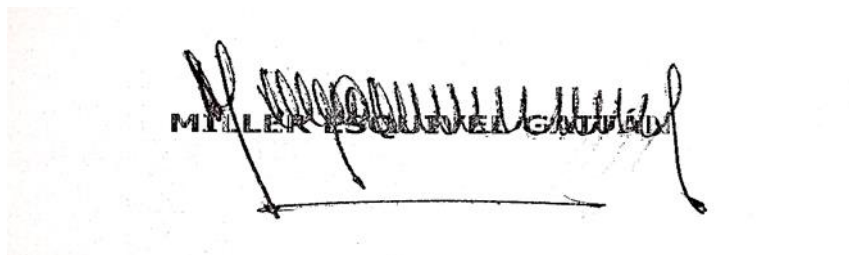
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ.

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO SUMARIO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN CONTRA MEDIMAS E.P.S. Rad. 2021 00130.

En Bogotá D.C., a los veintitrés (23) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia, el Magistrado ponente la declaró abierta en asocio de los restantes Magistrados con quienes integra la Sala de decisión.

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 22 numeral 1º del Decreto 1018 de 2007, el Magistrado Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, solicita que CAFESALUD EPS S.A., reconozca y pague la licencia por enfermedad general en la suma de \$179.471 así como los intereses moratorios generados desde la fecha de pago de la licencia y hasta que se realice el desembolso, conforme al art. 4º del Decreto 1281 de 2002.

Los hechos se describen a folio 1 donde indica que el señor MARCO ORLANDO OSORIO RODRÍGUEZ presta sus servicios a la UAE DIAN desde el 21 de enero de 1993 afiliado a CAFESALUD EPS S.A. desde el año 2015. Informa que el 4 de febrero de 2015 se generó una licencia por 5 días, según certificado de incapacidad expedido por CAFESALUD y que mediante la Resolución del 1º de abril de 2015 la entidad accionante reconoció la licencia por enfermedad y pagó el salario correspondiente al citado funcionario, mientras que CAFESALUD no ha realizado el pago correspondiente, por lo que requirió a CAFESALUD por medio de oficio 100214375-157-2017 del 30 de marzo de 2017 solicitando el reembolso.

Actuación Procesal

Admitida la solicitud por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación el 23 de marzo de 2018 (fl 33), la demandada contestó mediante escrito del 11 de mayo de 2018 (fls 42 a 51) donde indicó que CAFESALUD reconoció y liquidó la incapacidad del señor MARCO ORLANDO OSRIO RODRÍGUEZ, pero que su pago estaba a cargo de MEDIMAS EPS, de acuerdo con la orden emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección primera- Subsección A dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos con radicado 250002340002016-01314-00. Como excepciones propuso la de que las incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS, están a cargo de MEDIMAS EPS y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, profirió decisión de primera instancia de fecha 4 de mayo de 2020 en la que dispuso absolver a MEDIMAS EPS de las pretensiones de la demanda, acceder parcialmente a las pretensiones en contra de CAFESALUD EPS y ordenar a CAFESALUD EPS a pagar a la demandante la suma de \$179.471 dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia. Llego a tal conclusión luego manifestar que la medida cautelar que se menciona en la contestación de la demanda fue levantada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección primera- Subsección A, de conformidad con lo expuesto en el artículo 4º de la sentencia de fecha 10 de abril de 2019 y en consecuencia CAFESALUD EPS S.A. es responsable del pago de las incapacidades que se hayan expedido antes del 1º de agosto de 2017. En cuanto a los intereses moratorios manifestó que para su procedencia era necesario el requerimiento a la EPS pero que en la documental anexa a la demanda no obra prueba del requerimiento realizado, anterior a la presentación de la demanda, razón por la que se abstuvo de acceder a su reconocimiento.

Recurso de Apelación

La entidad demandante interpone recurso de apelación con el fin de que se condene a CAFESALUD EPS S.A. al pago de los intereses demora por el no pago de la incapacidad en tiempo, para lo que manifiesta que mediante Oficio 100206214-002537 del 5 de septiembre de 2017 se solicitó el pago de la incapacidad junto con los intereses de mora que le adeuda, los cuales liquidados entre el 5 de marzo de 2015 y el 19 de junio de 2020 equivalen a la suma de \$272.000 más los que se acusen hasta que se verifique el pago.

CONSIDERACIONES

Competencia

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación para fallar con carácter definitivo, con las facultades propias de un juez y dispone que el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate. En razón de este presupuesto legal, la Sala abordará el estudio de la alzada.

Pago de Incapacidades Médicas e intereses

Observa la Sala que la entidad accionante acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordenara a CAFESALUD EPS S.A. el pago de la licencia por enfermedad general en la suma de \$179.471 más los intereses de mora generados desde la fecha de pago de la licencia y hasta que se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002

Solicita parte demandante que se revoque parcialmente la sentencia de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación y se proceda a condenar a CAFESALUD EPS S.A. al pago de los intereses de mora.

Intereses de mora.-

Al respecto se debe tener en cuenta que el fundamento para la negativa al reconocimiento de los intereses moratorios es la falta de reclamación a al EPS, por lo que se pasa a revisar la documental allegada al proceso en su oportunidad. A folio 28 se observa comunicación de fecha 30 de marzo de 2017, suscrita por la jefe de Coordinación de Seguridad Social de la DIAN dirigida a la Directora de Prestaciones Económicas de CAFESALUD EPS mediante la cual le solicita el pago de 152 incapacidades y el pago de los intereses moratorios de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002 para lo que le indica que "...al momento de realizar el pago, debe liquidar los respectivos intereses con la tasa legal correspondiente" y le remite un archivo relacionando la liquidación de las 152 incapacidades "con los intereses moratorios liquidados hasta el 27 de marzo de 2017"

Conforme a lo anterior, le asiste razón a la parte recurrente por cuanto para el 22 de febrero de 2018 (fl.32) fecha en que se recibió la demanda, ya se había presentado por parte de la demandante a CAFESALUD EPS S.A. desde el 30 de

diciembre de 2017, el requerimiento para el pago de los intereses de mora incluso con el anexo correspondiente a la liquidación respectiva hasta el 27 de marzo del mismo año.

El artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 indica: *"A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002. (...)"

En consecuencia, CAFESALUD EPS S.A. debe cancelar los intereses de mora a partir del 5º día hábil contado a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS, la cual tiene fecha 4 de febrero de 2015 (fl. 30), y en consecuencia los intereses de mora corren a partir del doce (12) de febrero de 2015 y hasta cuando se verifique su pago.

Por lo expuesto, se revocará el ordinal tercero de la sentencia impugnada, para en su lugar CONDENAR a CAFESLAUD EPS S.A. al pago de los intereses de mora liquidados conforme al artículo 4º del Decreto 1281 de 2002 a partir del 12 de febrero de 2015 y hasta que se efectúe el pago de la licencia por enfermedad general cuyo pago se dispuso en el ordinal cuarto de la sentencia impugnada.

COSTAS

Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada Para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de fecha 4 de mayo de 2020, para en su lugar CONDENAR a CAFESALUD EPS S.A. a pagar los intereses de mora conforme al artículo 4º del Decreto 1281 de 2002 a partir del 12 de febrero de 2015 y hasta cuando se efectúe el pago de la licencia por enfermedad general reconocida en el numeral 4º de la misma sentencia.

SEGUNDO:- CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO.- COSTAS Sin costas en la alzada.

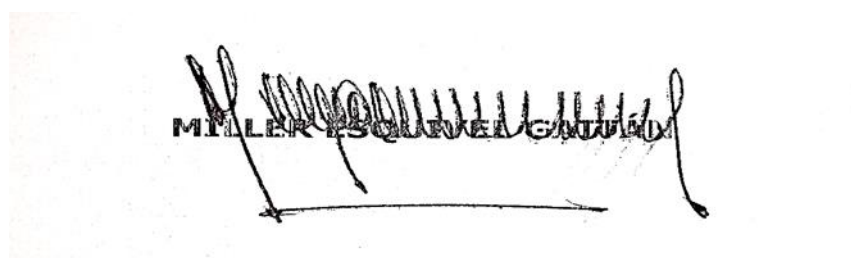
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ.

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO SUMARIO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
CONTRA CAFESALUD EPS S.A. Y ALIANSALUD E.P.S. Rad. 2021
00178.**

En Bogotá D.C., a los veintitrés (23) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia, el Magistrado ponente la declaró abierta en asocio de los restantes Magistrados con quienes integra la Sala de decisión.

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 22 numeral 1º del Decreto 1018 de 2007, el Magistrado Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, solicita que se ordene a la EPS ALIANSALUD reconozca y pague la incapacidad general por la suma de \$99.844 así como los intereses moratorios generados desde la fecha de pago de la licencia y hasta que se realice el desembolso, conforme al art. 4º del Decreto 1281 de 2002.

Los hechos se describen a folio 1, donde indica que la funcionaria EDNA PATRICIA DÍAS MARÍN presta sus servicios a la UAE DIAN desde el 25 de enero de 1991 afiliado a la EPS ALIANSALUD desde el año 2014. Informa que el 4 de noviembre de 2014 se generó una licencia por enfermedad general por 2 días, según certificado de incapacidad expedido por ALIANSALUD y que mediante la Resolución del 9 de febrero de 2014 la entidad accionante

reconoció la licencia por enfermedad y pagó el salario correspondiente a la citada funcionaria, mientras que la EPS no ha realizado el pago correspondiente, por lo que requirió a la EPS ALIANSALUD por medio de oficio 100214309-130-2017 del 6 de febrero de 2017 solicitando el reembolso.

Actuación Procesal

Admitida la solicitud por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación el 8 de junio de 2018 (fl 24), la demandada contestó mediante escrito del 17 de junio de 2018 (fls 30 a 32) donde indicó que en efecto se generó la incapacidad a la funcionaria por dos días, la que se radicó el 20 de abril de 2014, pero que se liquidó en cero de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1º del Artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013. Como excepciones propuso la de cumplimiento de ALIANSALUD EPS de sus obligaciones legales y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, profirió decisión de primera instancia de fecha 20 de noviembre de 2019 en la que dispuso NO ACCEDER a las pretensiones de la demanda. Llego a tal conclusión luego de observar que conforme al artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 están a cargo de los empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres primeros días de incapacidad generada por enfermedad general.

Recurso de Apelación

La entidad demandante interpone recurso de apelación con el fin de que se condene a la EPS ALIANSALUD al pago de la incapacidad por enfermedad general, por considerar que no se trató de una incapacidad inicial sino de una prórroga de la incapacidad que se generó el día 30 de octubre de 2014.

CONSIDERACIONES

Competencia

El artículo 22 numeral 1 literal b) del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación para fallar con carácter definitivo, con las facultades propias de un juez y dispone que el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate. En razón de este presupuesto legal, la Sala abordará el estudio de la alzada.

Incapacidades Médicas y prórrogas

Observa la Sala que la entidad accionante acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordenara a la EPS ALIANSALUD el pago de la incapacidad por enfermedad general en la suma de \$99.844 más los intereses de mora generados desde la fecha de pago de la licencia y hasta que se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002

Solicita la parte demandante que se revoque la sentencia de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación y se proceda a condenar a la EPS ALIANSALUD al pago de la incapacidad por cuanto se trata de una prórroga y no de la incapacidad inicial.

Incapacidad inicial o prórroga. -

Al respecto se debe tener en cuenta que el fundamento para la negativa al reconocimiento de la incapacidad por parte de ALIANSALUD EPS fue que procedió de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013, que a la letra dice:

PARÁGRAFO 1º. *En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.*

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.

Acorde con el citado artículo, le corresponde al empleador el pago de las prestaciones económicas correspondientes a los 2 primeros días de incapacidad; sin embargo, la parte accionante considera que no corresponden a los primeros dos días de incapacidad sino a una prórroga, por lo que se tiene en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1333 del 27 de julio de 2018 que en su artículo 2.2.3.2.3, señala:

Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario,

Así las cosas, se debe analizar si conforme a las pruebas se acredita el cumplimiento de estos requisitos, esto es, que se trate de una enfermedad de origen común, que la incapacidad posterior sea por la misma enfermedad o tenga relación directa con ésta y que entre ellas no exista una interrupción superior a 30 días.

Sin embargo, revisada la documental, lo primero que debe resaltar la Sala es que si bien obra a folio 3 orden de incapacidad expedida por COLMÉDICA a DÍAZ MARÍN EDNA PATRICIA por los días 4 y 5 de noviembre de 2014 donde se indica “primera vez”, no se aportó la incapacidad anterior, pues dicho documento solo se allegó con el recurso de apelación que corresponde una orden de incapacidad por 1 día correspondiente al 30 de octubre de 2014 (fl. 47).

En el caso en estudio, se debe tener en cuenta que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y que

incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que para que sean apreciadas por el juez las pruebas deben solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello, razones por las que no puede tenerse en cuenta para resolver el recurso la incapacidad obrante a folio 47, toda vez que no fue aportada dentro de la oportunidad legal y no fue conocida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD antes de resolver la demanda presentada por la parte accionante.

Conforme a lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada.

COSTAS

Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada Para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de fecha 20 de noviembre de 2019 conforme a la motivación anterior.

SEGUNDO:- COSTAS Sin costas en la alzada.

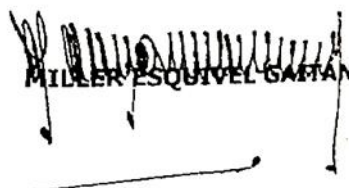
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO SUMARIO DE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES DIAN CONTRA ALIANZALUD E.P.S. Rad. 2021 00239 01.**

En Bogotá D.C., a los veintitrés (23) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo esta audiencia, el Magistrado ponente la declaró abierta en asocio de los restantes Magistrados con quienes integra la Sala de decisión.

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 22 numeral 1º del Decreto 1018 de 2007, el Magistrado Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN solicita que ALIANZALUD E.P.S, reconozca y pague la incapacidad emitida a su trabajadora DORA CONSTANZA FERNÁNDEZ VILLAMIL, entre el 28 y el 30 de enero de 2014. (fl 1).

En los hechos se describen a folio 1, se indica que la servidora DORA CONSTANZA FERNÁNDEZ VILLAMIL, presta sus servicios en la UAE DIAN desde el 1º de octubre de 1996 y se desempeña como Gestor II Código 302 grado 2, afiliada a la EPS ALIANZALUD y que utilizó los servicios médicos de la EPS por lo que se generó una licencia por enfermedad general por tres días, según certificado de incapacidad expedido el 28 de enero de 2014, sin que ALIANZASLUD EPS haya realizado el pago de la suma de \$18.976 por lo que se le requirió mediante oficio No. 100214309-1227-2016 del 16 de agosto de 2016.

Actuación Procesal

Admitida la solicitud por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación (fl 37), la demandada respondió que la incapacidad fue liquidada por tres días de los cuales se canceló solo uno pues los dos primeros están a cargo del empleador y que realizó la transferencia a la cuenta registrada para pago de incapacidades y licencias del empleador en julio de 2014. Igualmente, señaló que hizo un giro por concepto de dos pagos diferentes uno por \$43.313 correspondiente a la incapacidad objeto de la demanda y otro por \$82.893 correspondiente a otra incapacidad, por lo que no existe ningún pago pendiente por cancelar. (fls 44 a 50).

Sentencia de Primera Instancia

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, profirió decisión de primera instancia en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó a la demandada a pagar la suma de \$1.269 dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la providencia. Para tomar esa decisión tuvo en cuenta que las prestaciones económicas se liquidan con el salario y no con el IBC conforme al artículo 9º del Decreto 1848 de 1969 por lo que el reembolso de la incapacidad se había hecho por un monto inferior, por lo que existía una diferencia de \$1.269. En cuanto a los intereses moratorios señaló que para su procedencia debía existir requerimiento previo pero en el proceso no obra prueba clara de ello, razón por la que se abstuvo de acceder a su reconocimiento (fls 51 a 54).

Recurso de Apelación

La entidad demandada interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia, por cuanto considera que sobre el IBC para liquidar la incapacidad se tuvo en cuenta la norma que regula la materia por lo que para determinar el valor del día a cargo de ALINZALUD EPS era el salario del mes anterior al inicio de la incapacidad que era la suma de \$1.949.000 conforme a la certificación que adjunta, pero que erróneamente se tomó como salario la suma de \$2.006.096. Por lo que se ha dado estricto cumplimiento a las obligaciones a cargo de ALIANZALUD EPS Y EN CONSECUENCIA REVOCAR EL FALLO PROFERIDO EL 4 DE MAYO DE 2020 (fls 66 a 68).

CONSIDERACIONES

Competencia

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación para fallar con carácter definitivo, con las facultades propias de un juez y dispone que el recurso de apelación se hará ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate. En razón de este presupuesto legal, la Sala abordará el estudio de la alzada.

Pago de Incapacidades Médicas

La accionante acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud; con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento y pago de la incapacidad expedida a la señora DORA CONSTANZA FERNÁNDEZ VILLAMIL por el término de 3 días en enero de 2014, ya que la EPS encartada no la ha reconocido en forma completa.

Solicita el apoderado de la parte demandada que se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto en este caso la liquidación se efectuó teniendo en cuenta el salario devengado en el mes anterior a la incapacidad conforme a la certificación que anexa y de acuerdo con la normatividad que rige la materia.

Al respecto, es necesario observar que en efecto el Decreto 2236 de 1999 que adicionó el literal b) del artículo 9º del Decreto 1406 de 1999, dispuso: *"En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de éstos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso"*.

En la respuesta dada por ALIANZALUD EPS se indicó como salario reportado por la entidad para el mes inmediatamente anterior a la incapacidad la suma de \$1.949.000 por lo que al liquidar el 66,67% correspondía, por un día de incapacidad, el pago de la suma de \$43.313. Sin embargo, al proferirse la sentencia se tomó como salario de la señora DORA CONSTANZA FERNÁNDEZ VILLAMIL el devengado en el mes de abril

de 2014 que fue la suma de \$2.006.096 conforme al comprobante de nómina visto a folio 30 que fue aportado por la parte demandante.

Así las cosas, como en efecto lo indica la norma transcrita se debía tomar como base para el cálculo de la incapacidad el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se causó la incapacidad, esto es, en el mes de diciembre de 2013 toda vez que la incapacidad se presentó en enero de 2014, lo que no hizo la sentencia de primera instancia pues tomó el salario que devengaba la afiliada para el mes de abril de 2014.

No obstante, lo anterior como la demandada al contestar la demanda no aportó la prueba del salario que devengaba la trabajadora para el mes anterior a la incapacidad, lo que sólo allegó con el recurso de apelación, no es posible tener en cuenta la documental que obra a folio 68.

Cabe recordar, que de conformidad con el art. 60 del CPT y SS, el Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo, lo cual implica que las partes deben aportar las pruebas dentro de las oportunidades legales o etapas procesales correspondientes, esto es, con la demanda inicial, su respuesta, la reforma a la demanda y su contestación, o en el transcurso del proceso cuando no se tengan en su poder y antes de que se profiera la decisión que ponga fin a la instancia, siempre y cuando hubieran sido solicitadas como prueba y decretadas como tal.

Por consiguiente, los documentos que no son incorporados debidamente resultan inoponibles, no siendo viable que de manera desprevenida los litigantes aporten cualquier prueba en estas condiciones, para que se les imparta valor probatorio y se tengan en cuenta en la decisión de fondo, razón por la que se confirmará la sentencia recurrida

COSTAS

Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. -CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación el día 4 de mayo de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Sin costas en la alzada.

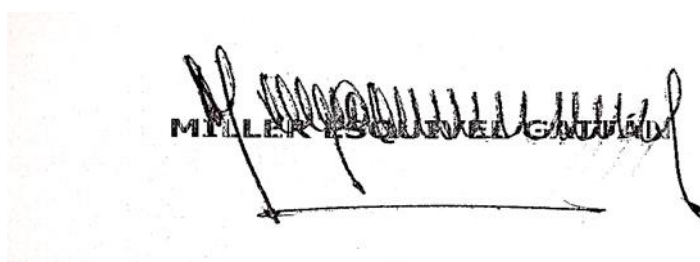
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO SUMARIO DE LUZ MARINA CARREA JIMENEZ CONTRA
CAFESALUD EPS SA. Rad. 2020 00283 01.**

En Bogotá D.C., a los veintitrés (23) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la audiencia, el Magistrado ponente la declaró abierta en asocio de los restantes Magistrados con quienes integra la Sala de decisión.

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 22 numeral 1º del Decreto 1018 de 2007, el Magistrado Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

JUAN CARLOS RODRÍGUEZ TROMPA solicita que se condene a la demandada al reembolso de la suma de \$10.000.000 por concepto de gastos médicos en que incurrió por la atención de urgencias ante la entidad promotora de salud SOCIEDAD OFTAMOLÓGICA OFA IPS SAS. (fl 3).

En los hechos se describen a folios 1 a 3 se indica que el 16 de marzo de 2018 tuvo un control por oftalmología posterior a un procedimiento de ablación coreoretinal por fotocoagulación laser debido a desgarro en la retina de su ojo derecho debiendo mantener un monitoreo frecuente que no fue posible agendar debido a que la demandada le indicaba que los cupos ya había sido adjudicados y que debía esperar al siguiente mes o que no tenía convenio con la entidad, por lo que se vio obligado a consultar un especialista particular y hacer un procedimiento de emergencia para salvar su ojo derecho, lo que debió sufragar por su cuenta no obstante que para ese momento se encontraba desvinculado laboralmente.

Menciona que presentó la reclamación el 22 de enero de 2019 con la documental correspondiente y que el 5 de febrero de 2019 le respondieron negativamente aclarando que los servicios que le realizaron no se encuentran autorizados por la EPS.

Actuación Procesal

Admitida la solicitud por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación (fl 25) se dispuso requerir a la IPS SOCIEDAD OFTALMOLÓGICA OFA para que allegara informe sobre la atención al paciente JUAN CARLOS RODRÍGUEZ TROMPA, su afiliación a CRUZ BLANCA EPS y la fecha de ello, afiliación a MEDIMAS EPS, verificación de derechos del usuario, el informe a CRUZ BALANCA del ingreso del demandante, proceso de referencia y contrareferencia, factura o pagos, copia de la historia clínica y la razón de los servicios de salud prestados.

Sentencia de Primera Instancia

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, profirió decisión de primera instancia en la que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que ordenó a CRUZ BLANCA EPS reembolsar al demandante la suma de \$10.000.000. Para tomar esa decisión señaló que analizadas las pruebas aportadas al expediente y el informe técnico, se evidenciaba que el señor JUAN CARLOS RODRÍGUEZ TROMPA se encontraba en una situación de urgencia al presentar un diagnóstico de desgarro de retina por el que requería controles periódicos que no le garantizó CRUZ BALNCA EPS, pues la valoración se programó para 4 meses después de haberla autorizado, pese a presentar un diagnóstico de alto riesgo, debiendo responder entonces, por la falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad generada en la prestación del servicio.

Recurso de Apelación

La entidad demandada interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia señalando que los servicios no se encontraban previamente autorizados por la EPS de conformidad con la Resolución 5261 de 1994, lo cual fue notificado al usuario el 5 de febrero de 2019. Manifestó que de haberse analizado en conjunto el acervo probatorio la decisión hubiera sido diferente, ya que el despacho le restó

valor probatorio a los documentos por ella aportados por lo que no puede afirmarse que existió un perjuicio económico a cargo de la EPS que este obligada a remediar.

CONSIDERACIONES

Competencia

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo, con las facultades propias de un juez y dispone que el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate. Debido a este presupuesto legal, la Sala abordará el estudio de la alzada.

Trámite del reembolso

Frente al trámite del reembolso el cual pretende el demandante, debe resaltar La Sala que el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en concordancia con el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007¹, consagra expresamente bajo qué circunstancias procede el reembolso a los usuarios del S.G.S.S. en Salud, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S.
- b) Cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica.
- c) En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

¹ **Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.**

Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

(...)

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

Así las cosas, conforme los documentos allegados al proceso (fls. 5 a 18 34 a 38) y el Registro del Informe Técnico visto a folio 45, se tiene que el actor es un paciente de 39 años con padecimientos en su salud visual, desde el enero de 2018 que viene siendo atendido por un desgarro retinal del ojo derecho y fotocoagulación laser, por lo que se ordenó consulta de control para junio de 2018 sin que hubiera sido atendido, por cuanto la entidad le indicaba que no era posible atender su cita, razón por la que interpuso dos quejas ante la entidad y ante la Superintendencia.

La demandada solo autorizó el control el 6 de noviembre de 2018 en el Instituto Oftalmológico de Salamanca (fl. 8) en el que se sugirió valoración por subespecialista en retina y vítreo que era el indicado para la valoración de la condición clínica del paciente, por lo que el demandante tramitó la autorización ante CRUZ BLANCA EPS quien le respondió mediante correo que no requería autorización, pero al momento de agendar la cita le informaron que no había convenio con la EPS.

También se acredita que por presentar pérdida súbita de la visión el demandante fue a consulta particular de Optometría el 21 de diciembre de 2018 (fl. 9) donde se le remitió de manera urgente a oftalmología especialista en retina y vítreo y el 4 de enero de 2019 (fl.10) momento en que se le dio incapacidad entre el 21 de enero y el 4 de febrero de 2019 por desprendimiento de la retina. Ahora, según la certificación expedida por el médico Oftalmológico Especialista vítreo-retina se tiene que la situación era urgente y ponía en riesgo la visión del actor si no se trataba de inmediato el padecimiento, por lo que se ordenó "vitrectomía posterior con pelaje de membrana interna con membran blue dual, aplicación de la retina endolaser y gas, extracción de catarata por faco y fotocoagulación laser ambos ojos", para limitar el desprendimiento de la retina en el ojo derecho y limitar el desprendimiento en el ojo izquierdo (fl.12)

A folio 22 obra respuesta dada por CRUZ BLANCA EPS al actor el 6 de febrero de 2019, donde responde la solicitud presentada el 21 de diciembre de 2019 a las 10:29 am., esto es, en la misma fecha en que acudió a la cita particular de Optometría; respecto del procedimiento de oftalmología donde le confirman programación de consulta retinología para el 15 de febrero de 2019 en el Centro Médico La Castellana IPS Exilaser y a folio 36 se observa la certificación expedida por el médico tratante de la Sociedad Oftalmológica OF IPS SAS donde manifiesta que el actor fue atendido de manera urgente en consulta particular el 4 de enero de 2019, que se trató de

una urgencia con el fin de evitar la ceguera y no se realizó el proceso de referencia y contrareferencia ya que es una entidad particular.

De las pruebas mencionadas se concluye que el cuadro clínico presentado por el demandante era una urgencia oftalmológica, conforme al concepto técnico visto a folio 45, que indica que de no tratarse inmediatamente o en su defecto en forma precoz le produciría un deterioro significativo o pérdida irreversible de la visión.

Así las cosas, no considera la Sala que la falta de orden previa por parte de la EPS, haga nugatorio el reembolso de los gastos médicos en que tuvo que incurrir el actor por la urgencia oftalmológica que se le presentaba, pues fue debido precisamente a la falta de cumplimiento por parte de la EPS a la accesibilidad al servicio de salud que el actor no pudo obtener la autorización para utilizar los servicios de salud que le garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues no obstante las quejas que interpuso, incluso ante la SUPERINTENDENCIA solo hasta el 15 de febrero de 2019 le dio la programación para la consulta con retinología, razón por la que debió acudir en consulta particular, lo que demuestra que existió una negativa injustificada y negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con su usuario.

De lo anterior colige La Sala que el reembolso deprecado se justifica en la negligencia de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones con su usuario para tener acceso a los servicios que requería ante la dificultad médica que constituye un evento prioritario, tal como lo señaló el A quo, sin que la recurrente acreditara haber cumplido con sus obligaciones de prestación de los servicios y haber dado una oportuna atención en el tratamiento que requería, constituyendo una limitación en el acceso del servicio.

En consecuencia, La Sala confirma el proveído apelado.

COSTAS

Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. -CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación el día 21 de junio de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Sin costas en la alzada.

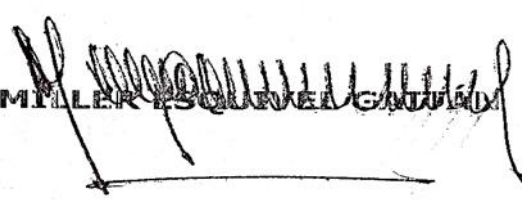
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN