



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105006201700827-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: CONTRATO REALIDAD - PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO - EXTREMOS TEMPORALES.

Entonces, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia del 19 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUAN ZAMIR SANCHEZ AGUIRRE en contra de OSCAR JULIAN MELO BUITRAGO.

ANTECEDENTES

JUAN ZAMIR SANCHEZ AGUIRRE promovió demanda ordinaria laboral en contra de OSCAR JULIAN MELO BUITRAGO como propietario del establecimiento de comercio ubicado en el local denominado L'EFFORT, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 1º de diciembre de 2012 al 3 de enero de 2017, el cual terminó por causal imputable al empleador, sea condenado al pago de prima de servicio, cesantías, interés a la cesantía, sanción por no pago de interés a la cesantías, vacaciones compensadas en dinero, horas extras diurnas, dominicales y festivos, dotación compensada en dinero, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no pago de seguridad social, sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, daños morales por el despido sin justa causa, indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, precisó sucintamente que, comenzó a laborar el 1º de diciembre de 2012 como vendedor de ropa en las instalaciones del local denominado L'EFFORT, devengando como salario la suma de \$1.000.000 mensual, en un horario de lunes a sábados de 9:30 am a 7:00 pm y domingos y festivos de 11:00 am a 4:00 pm, trabajando los meses de diciembre de 8:00 am a 8:00 pm, sin que le fueran reconocidas y pagadas las horas extras, los recargos dominicales y los festivos, las prestaciones, las vacaciones y las dotaciones; que el día 3 de enero de 2017 el señor OSCAR JULIAN MELO BUITRAGO decidió dar por

terminado el contrato sin justa causa, y como consecuencia un interrogatorio de parte practicado el del 24 de agosto de 2017 en el Juzgado Municipal 72 de Bogotá, el demandado negó conocerlo.

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la demandada, se dio contestación oportunamente con escrito de folios 42 al 51, en donde el señor OSCAR JULIAN MELO BUITRAGO se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con la diligencia de interrogatorio y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del contrato de trabajo, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de indemnización moratoria, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2019, el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió al demandado de la totalidad de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque, al mostrarse inconforme con la valoración probatoria realizada a los testimonios, ya que ellos sí dejaron claro el horario laboral en el que el actor prestaba sus servicios configurándose de esa forma los tres elementos del contrato de trabajo como lo son la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandada insistió en la confirmación del fallo absolutorio, como quiera que el demandante no logró demostrar la prestación personal de sus servicios a favor del señor OSCAR MELO. .

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo y, en consecuencia, le asiste derecho al actor en el reclamo de sus acreencias laborales, con especial énfasis en la valoración probatoria realizada por la A quo de los testimonios, en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T y de la SS.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».”* (CSJ SL362-2018, Radicación N.° 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

Pues bien, en relación con la prestación personal de los servicios por parte del actor como vendedor en el local denominado L'EFFORT de propiedad del demandado OSCAR JULIAN MELO BUITRAGO, se remite la Sala a la valoración de las pruebas testimoniales rendidas al interior de la actuación surtida en primera instancia que se reputan en la apelación como mal apreciadas.

ALEX CRISTIAN ARCOS CASTRO, informó conocer al demandado porque fue su jefe y al demandante por que fue su compañero en el local 119 del centro comercial en el centro (novena con 17), en donde se desempeñaban como vendedores, por ello sabe que el establecimiento L'EFFOR es de propiedad del demandado, trabajó con ellos cuando el establecimiento se llamaba MILETOS JEANS, no sabe exactamente la fecha pero fue más o menos en el 2011, 2012 como hasta el 2015, trabajó en el establecimiento desde el 2010, 2011 como hasta el 2014, 2015; precisó que cuando él se retiró el demandante seguía trabajando allí, recibían órdenes del demandado y de Angie quien era la administradora, ellos como vendedores hacían la apertura,

aseo, organización, inventario, entregaban cuentas, el cierre y también en la bodega hacían cargue, descargue y su organización; recibían más o menos \$25.000 por día y \$1.000 por prenda vendida, laboraban de lunes a sábado de 9:30 am a 7 pm y los domingos de 11 am a 4 pm, si no llegaban a abrir el local los llamaban al celular debiendo el actor llegar temprano, abrir el local y recibir mercancía ya que el demandado tenía otros puntos de venta (4 o 5), haciendo presencia 3 o 4 veces por semana, Angie les hacía las entradas y salidas del inventario recibiendo las ordenes respecto si ellos ya habían llegado, si el local estaba abierto, quien faltó por ir a trabajar y llegada de mercancía; los llamados de atención eran verbales bien de Angie o del demandado, además ellos eran los que escogían a quien enviar cuando faltaba alguno para que los reemplazara, no siendo obligatorio que el demandante prestara personalmente el servicio pero sí que alguno de los dos estuviera presente; el pago era en efectivo; en los locales 205 y 207 funcionaban almacenes de ropa llamados MILETOS JEANS ahora llamados L'EFFOR, pero lo cierto es que trabajó con el demandante en el local 119.

Por su parte, VICTOR ANDREY SANCHEZ AGUIRRE relató que es el hermano de JUAN ZAMIR y por ello sabe que el demandado era el jefe de aquél a quien visitaba en el trabajo dos o tres veces al mes, le comentó que el demandado era el propietario del establecimiento de comercio, que su hermano primero trabajo en un primer piso, luego en un segundo piso y después en san Andresito, ingresó a trabajar en el año 2012 hasta enero de 2017, desempeñándose como administrador y vendedor, que la señora madre del demandado a veces apoyaba a ZAMIR en el local, que un día él cubrió a su hermano porque no pudo ir, le pagaban por día y en efectivo lo cual le consta porque vivían en la misma casa; OSCAR llamaba a su hermano para controlar las llegadas, recibiendo ordenes como horario, metas, precios que debía manejar, ir al centro por ropa, lo cual le consta porque un día fue a reemplazarlo y vio como impartían ordenes, siendo que para descuentos adicionales tocaba llamar al demandado, no constándole que Angie impartiera ordenes ni de sus funciones.

A su vez, BELISARIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, precisó conocer al demandado porque trabaja con él en el local 205 llamado L'EFFOR y al demandante porque siempre trabajó en el local de al lado (203) con Helbert Urrego quien era el dueño del local, le impartía órdenes y le pagaba una remuneración, alguna vez vio una conversación en la que el demandante le ofrecía siete millones a Cristian Arcos, lleva como 10 años en el centro comercial y como 7 años con el demandado.

Finalmente, ANGIE LILIANA PRIETO, manifestó que trabaja con el demandado a quien conoce hace como 13 años, aunque no todos siempre trabajado con él, ella es quien le lleva las cuentas y le hace los inventarios y por eso sabe que es el propietario de los locales 205 y 207 llamados L'EFFOR; conoce al demandante hace como unos 8 años quien no ha laborado en dichos locales ya que prestó los servicios pero en el local 203 de propiedad de Helbert Urrego, aunque no sabe desde que fecha; el señor Alex Cristian trabajó allí hace como 10 años; el demandado le vendía mercancías a personas de otros locales; el señor Helbert Urrego no manejaba la marca L'EFFOR, el demandado es su excuñado; las cámaras del local están hace 2 o 3 años; el señor Belisario llegó antes que ella trabajando allí hace más de 6 años y el demandante es el tío de una ex novia del demandado.

Así vista la prueba testimonial es dable concluir que si bien el señor ALEX CRISTIAN ARCOS CASTRO, adujo haber sido compañero de trabajo del actor en el establecimiento que antes se llamaba MILETO JEANS y que ahora se llama L'EFFOR de propiedad del demandado, fue enfático al señalar que siempre estuvieron en el local 199, el cual a decir del certificado de cámara de comercio obrante a folio 8 del plenario no se encuentra registrado a nombre del señor OSCAR JULIAN MELO BUITRAGO; labor en establecimiento distinto al de propiedad del demandado, circunstancia de la que también dieron cuenta los testigos BELISARIO RODRIGUEZ MARTINEZ y ANGIE LILIANA PRIETO SALAZAR quienes coincidieron en indicar que lo vieron trabajando en el local 203 de propiedad del señor Elver Urrego, encontrando contradicción así todos ellos en relación con el testimonio del hermano del demandante, señor VICTOR ANDREY SÁNCHEZ AGUIRRE, cuando narró que su hermano primero trabajo en un primer piso, luego en un segundo piso y después en san Andresito, contradicción que también se presentó en relación con las fechas de ingreso y retiro ya que mientras dicho familiar señaló que su hermano ingresó a trabajar en el año 2012 hasta enero de 2017, el señor ALEX CRISTIAN indicó no saber exactamente la fecha de ingreso fijándola en los años 2011 o 2012 desconociendo hasta cuándo pues él se retiró en el año 2015 y el actor continuó. En suma, ni el testimonio del señor CRISTIAN ni el del señor VICTOR brindan certeza que el promotor de esta actuación prestara sus servicios personales y subordinados a favor del demandado en un establecimiento de comercio de su propiedad durante un tiempo determinado, menos aún de ello dieron cuenta los otros dos testigos.

Con base en lo anterior, mal haría la Sala en concluir la existencia de la prestación de servicios del demandante a favor de demandado, al no satisfacer el libelista con el presupuesto mínimo e indispensable de prestación de servicios para el demandado en los términos por él indicados, para que operara en su favor la presunción contemplada en el artículo 24 del CST y se trasladara al convocado a juicio la obligación de desvirtuar las condiciones en que el contrato laboral se ejecutó, en tanto la prueba que se adujo mal valorada, como acertadamente lo concluyera la A quo, no permite arribar a tal conclusión, de ahí que pueda afirmarse que el demandante promotor de esta actuación no cumplió con la carga de la prueba de que trata el artículo 167 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por autorización de los artículos 40, 48 y 145 del CPTSS. Carga probatoria de la que se ha ocupado la doctrina asentada de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al precisar que no debe creerse que todo aquel que se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se configure una relación de trabajo, como lo serían la fecha de ingreso y retiro, salario, cargo, jornada etc, y así lo ha determinado el Tribunal de cierre en decisión No. 36549 de agosto 5 de 2009 MP Luis Javier López Osorio, cuando señaló: *“Esta presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias. Le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementarios si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros...”*

Por lo expresado, en vista que la sentencia recurrida no presenta ninguno de los dislates endilgados por la parte demandante se impone su confirmación.

Costas a cargo de la parte demandante ante el resultado desfavorable de su recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

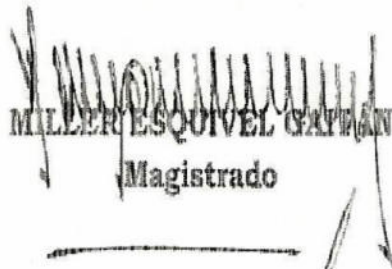
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por JUAN ZAMIR SANCHEZ AGUIRRE en contra de OSCAR JULIAN MELO BUITRAGO, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

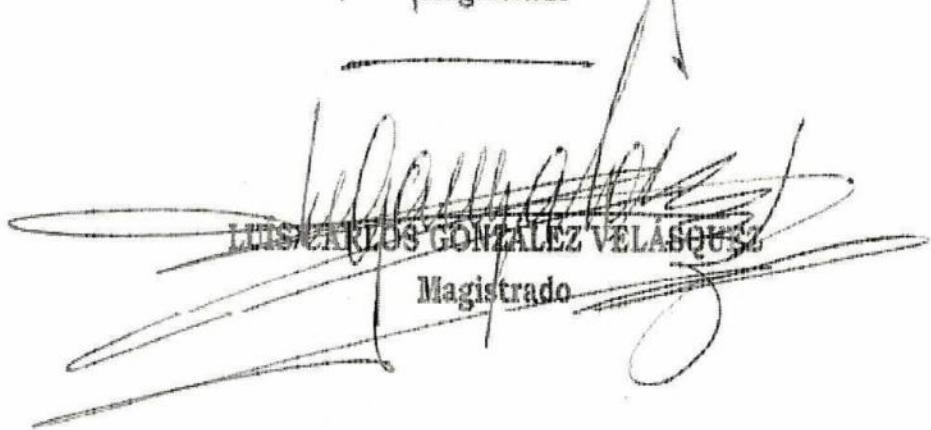
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105017201900010-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA: PENSIÓN DE INVALIDEZ POST- MORTEM Y/O DE SOBREVIVIENTES
A COMPAÑERA PERMANENTE**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 2 de octubre de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA AMINTA FIGUEROA BARRAGÁN y ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ FIGUEROA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

MARÍA AMINTA FIGUEROA BARRAGÁN y ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ FIGUEROA, en su condición de compañera e hijo del causante José Alberto Ramírez Martínez, respectivamente, promueven demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, para que previa declaración de que el causante, en vida, tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común desde el 27 de enero de 2017, fecha de estructuración de su enfermedad; que en su condición de herederos tienen derecho al pago de las mesadas causadas y no canceladas a favor del señor José Ramírez por concepto de pensión de invalidez de origen común; y que la señora MARIA además tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero José Alberto Ramírez a partir del 27/10/2017, se condene a dicha administradora al reconocimiento y pago de los mismos, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141

de la ley 100 de 1993, las costas del proceso y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones indicaron, sucintamente, que el señor José Alberto Ramírez Martínez nació el 1º de febrero de 1959, convivió en unión marital de hecho con la señora MARÍA AMINTA FIGUEROA BARRAGÁN desde el 25 de abril de 1982 compartiendo lecho, mesa, techo y gastos para el sostenimiento del hogar; que aquella nació el 16 de junio de 1959; que fruto de esa unión procrearon a ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ FIGUEROA quien nació el 19 de abril de 1984; que en vida el señor José Alberto Ramírez Martínez fue calificado por invalidez, inicialmente por COLPENSIONES quién lo diagnosticó con leucemia no especificada, lumbago no especificado y cervicalgia, asignándole un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 19.92% con fecha de estructuración del 26/07/2016; que el 27 de marzo de 2017 la Junta Regional de Calificación de Invalidez modificó el dictamen y determinó una pérdida de capacidad laboral del 59.80% con fecha de estructuración del 27 de enero de 2017, mientras que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 1º de noviembre de 2017 dictaminó como diagnósticos el de leucemia, mieloma múltiple y otros trastornos de leucocitos con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 71.48% y una fecha de estructuración del 27 de enero de 2017; que el señor José Alberto Ramírez Martínez cotizó un total de 703. 571429 semanas al RPMPD discriminadas así: 479.71 semanas en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, 158.71 en vigencia de la ley 100 de 1993 y 65 en vigencia de la ley 862,003, completando los requisitos que exigían dichas normatividades para acceder a la pensión de invalidez, por lo que contaba con una expectativa legítima para acceder a dicha prestación de conformidad con el principio de la condición más beneficiosa (SU 442 de 2016); que MARIA AMINTA en su condición de compañera permanente del causante no tiene pensión alguna, de ahí que conforme lo establecido en la sentencias SU 005 de 2018, puede acceder a la pensión de sobrevivientes, ya como que satisface las reglas allí señaladas puesto que es una persona de 59 años de edad, presenta una situación económica complicada y el causante era la persona que se encargaba de suministrar su sustento; que el 20 de abril de 2018 se elevó solicitud para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición que fue decidida negativamente mediante resolución SUB 151685 del 9 de junio de 2018 porque el causante no completó las 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración y al fallecimiento del mismo, resolución contra la que interpuso los recursos de ley resueltos también de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación oportunamente en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el fallecimiento del afiliado, los dictámenes de pérdida de capacidad laboral realizados, las solicitudes de reconocimiento pensional y sus decisiones, negando los demás o manifestando no constarle. Propuso las

excepciones de Inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. En su defensa señaló que el causante no dejó causado el derecho a la pensión de invalidez y sobrevivientes ya que no completó el requisito de densidad de semanas de cotización mínimo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 2 de octubre de 2020, resolvió declarar probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y de la obligación propuestas por COLPENSIONES, absolviendo a dicha entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por los demandantes a quienes condenó en costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, pues contrario a lo indicado por el A quo, frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa existen dos criterios, uno es el de la Corte Suprema de Justicia y el otro de la Corte Constitucional, debiendo acogerse el contemplado por esta última en la sentencia SU 442 de 2016 cuyos efectos no son inter partes sino de carácter general y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, por lo que no se trata de una búsqueda histórica de normas para verificar si el afiliado completo o no los requisitos, sino que simplemente bastaba determinar que el señor José Alberto Martínez cotizó las semanas exigidas en cada una de las normatividades mencionadas para acceder a la pensión de invalidez, es así como cotizó 479 semanas en vigencia del Acuerdo 049/90, cotizó 158 semanas en vigencia de la ley 100 de 1993 y cotizó 65,14 semanas en vigencia de la ley 797/03 de ahí que tenía una expectativa legítima. Y de otra parte, de no concederse la pensión de invalidez, ha debido darse aplicación a la sentencia SU 005 de 2018, examinando los antecedentes que dieron lugar a la misma, ya que lo que se persiguió con ella es que los afiliados con las 300 semanas cotizadas antes de la ley 100 de 1993 pudieran dejar causada la pensión de sobrevivientes pese a que no completaron las 50 semanas de cotización en los últimos 3 años antes de la fecha de fallecimiento, en razón a que la norma contenía unos requisitos totalmente gravosos, para lo cual fijó cinco requisitos que debían cumplir los beneficiarios los cuales cumple la demandante MARIA AMINTA, toda vez que está enferma, no tiene ninguna pensión ni trabajo, su compañero era la persona que la sostenía económicamente, y si éste no pudo seguir cotizando fue porque su estado de salud no se lo permitió.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante insistió en el derecho que le asiste como quiera que su compañero en vida cotizó un total de 703.571429 semanas y en la aplicación de la sentencia SU 442 de 2016 así como de la condición más beneficiosa realizó una actuación diligente en su reclamo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si el causante, señor José Alberto Ramírez Martínez (q.e.p.d), satisfizo en vida los requisitos para dejar causado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto, de sobrevivientes, con especial énfasis en la aplicación de la condición más beneficiosa a la luz de las sentencias de unificación SU 442 de 2016 o SU 005 de 2018, para la resolución del presente asunto, ello en virtud de lo dispuesto en los artículo 66 del CPTSS

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ - LEY APLICABLE - PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

No fue objeto de discusión por ninguna de las partes en la primera instancia ni en la apelación, que al señor José Alberto Ramírez Martínez (q.e.p.d), con ocasión de una enfermedad de origen común, se le dictaminó por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez una pérdida de la capacidad laboral del 71.48%, cuya fecha de estructuración se estableció el 27 de enero de 2017, tal y como se lee en el dictamen que milita a folios 29-39 del expediente digital.

Bajo tal entendido, toda vez que la norma que regula el reconocimiento de la pensión de invalidez es aquella vigente a la fecha de la estructuración, lo procedente sería la remisión al artículo 1º de la ley 860 de 2003¹ por ser la que

¹ **ARTÍCULO 1o.** El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, ~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

para la época del suceso regía dicho riesgo, no obstante, como quiera que el causante no realizó cotización alguna al sistema general dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, lo que se corrobora con el reporte de semanas cotizadas elaborado por COLPENSIONES en el que se observa que su última cotización lo fue para el ciclo de agosto de 2013 (fl. 81-82 del expediente digital), claro resulta que no dejó causado el derecho al amparo de dicho ordenamiento ante la ausencia del presupuesto de densidad de cotizaciones exigido en la norma, esto es, el de cincuenta (50) semanas durante ese trienio; en orden a lo cual se entra a verificar si es posible concederlo con aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Al respecto, sea lo primero indicar que, como bien lo manifestó el A quo, para la aplicación de la condición más beneficiosa no es dable acudir a cualquier norma legal que reguló el asunto en algún momento, sino que la remisión que debe hacerse es frente a la norma que lo regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable conforme a las reglas generales del derecho, o en otras palabras, no le está permitido al juez desarrollar todo un ejercicio histórico con el fin de encontrar cualquier legislación precedente a la derogada para de ese modo darle efectos “plusultraactivos”, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del demandante o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro², además que tal interpretación estaría desconociendo las características propias de la condición más beneficiosa como lo son: que es una excepción al principio de la retrospectividad³, opera en la sucesión o tránsito legislativo, procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro, entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada y respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma (CSJ SL SL7781-2017, Radicación n.º 51129), razonamiento que así expuesto deja sin aplicación la sentencia SU 442 de 2016.

² Esta ha sido la postura de la Sala expuesta en varias providencias, entre otras, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016, CSJ SL15965-2016, CSJ SL17768-2016, CSJ SL1090-2017, CSJ SL1689-2017, CSJ SL2147-2017, CSJ SL353-2018, CSJ SL4020-2019, CSJ SL409-2020 y CSJ SL 4482-2020, reiterada en la CSJ SL1567-2021.

³ La aplicación de la nueva ley a situaciones que están en curso o que no han quedado definidas conforme a leyes anteriores.

Aclarado lo anterior, se remite la Sala al ordenamiento inmediatamente anterior a la ley 806 de 2003 que se ocupaba de la pensión de invalidez, a fin de verificar si el causante satisfizo los requisitos allí exigidos; en tal sentido reza el artículo 39 de la ley 100 de 1993 original que: *“Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de Invalidez”*

De la norma es dable afirmar que si bien contenía requisitos menos rigurosos en cuanto a la densidad de semanas, de todas formas no permite el reconocimiento del derecho pensional reclamado por la potísima razón que para la fecha de estructuración de su invalidez (27 de enero de 2017), ya completaba más de tres años y tres meses desde que hizo su última cotización, pues se itera, la misma la realizó para el mes de agosto de 2013, debiendo, por tanto, ratificarse la conclusión a la que arribó el fallador de primera instancia. Sobre el particular, aun cuando refirió la censura que el mismo no continuó cotizando precisamente por su deteriorado estado de salud, encontrándose así plenamente justificada tal omisión, lo cierto es que la norma es clara de cara a ese presupuesto de las cotizaciones, de ahí que si lo pretendido era indicar que su enfermedad no se estructuró en la fecha establecida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez sino con mucha anterioridad, lo procedente había sido controvertirla, de lo cual no obra prueba que se hubiera hecho.

Ahora bien, en punto de las consideraciones vertidas por la H. Corte Constitucional en las sentencias de unificación SU 005 de 2018, sobre la posibilidad de acudir a cualquier normativa anterior bajo el cumplimiento de ciertos requisitos para poder aplicar la condición más beneficiosa, por tratarse de un precedente derivado de una acción de tutela esta Sala de Decisión también se aparta de su aplicación, en la medida que acoge y hace suyas las reflexiones que sobre la misma ha venido realizando la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, como en la sentencia CSJ SL1884-2020 reiterada en la sentencia SL4292-2021, entre otras, cuando en lo pertinente señaló:

“1. La fuerza vinculante del precedente constitucional

La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de resolver el asunto de su competencia.

Asimismo, ha precisado que su precedente tiene fuerza vinculante, puesto que, sin duda, la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la

facultad de unificarla y otorgarle comprensión a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones normativas y a desarrollar principios básicos del Estado Constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de igualdad, supremacía de la Carta Política, debido proceso y confianza legítima (C-539-2011).

No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad; es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y alcance de la normativa superior y el precedente en vigor; esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.

El primero, tiene fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una trasgresión a la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).

En ese contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y su aplicación debe ser proporcional -a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos Superiores valiosos para los individuos y la sociedad-, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, frente a los efectos inter partes y a la ratio decidendi de la sentencia SU-05-2018, se aparta de su contenido -deber de transparencia-, por las razones que se expone a continuación -deber de argumentación suficiente- (C-621-2015 y SU-354-2017).

En esa providencia, dicha autoridad judicial estableció que es posible la aplicación plus ultractiva de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003, (ii) no acredite 50 semanas de aportes durante los tres años anteriores al deceso, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, (iii) pero sí reúne el número mínimo de semanas cotizadas exigidas en el régimen anterior.

[...]

A juicio de esta Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Así mismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y de retrospectividad.

Por otra parte, la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del

derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL 1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019, CSJ SL1592-2020 y CSJ SL1881-2020).

[...]

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Por ello, de manera reiterada y pacífica esta Corporación ha adoctrinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar la que más convenga a cada caso en particular.”

En suma, pese al número total de semanas cotizadas por el causante durante toda su vida laboral en vigencia de los distintos ordenamientos no es dable su contabilización a efectos de verificar el cumplimiento del requisito de densidad de semanas cotizadas, ya que únicamente podían ser objeto de examen las realizadas en vigencia de la ley 806 de 2003 o de la inmediatamente anterior, es decir, de la ley 100 de 1993 original.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA LA DEMANDANTE MARIA AMINTA

Con el registro civil de defunción que milita a folio 40 del expediente digital y en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, se tiene plenamente acreditado que el señor José Alberto Ramírez Martínez falleció el 26 de octubre de 2017, por lo que la norma que, en principio, la norma que regularía el derecho a la pensión de sobrevivientes sería la que se encontraba vigente para ese entonces⁴, esto es, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 46 de la Ley 100 de 1993, normativa que exige, para acceder al derecho deprecado, tener cotizadas cuando menos 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento del afiliado, presupuesto que no se cumplió en el presente caso ya que el causante, durante los tres años anteriores a la fecha del deceso no tiene cotizaciones al sistema de la seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta que su última cotización lo fue para el mes de agosto de 2013, tal y como se lee a folios 81-82 del expediente digital.

En tal orden, solicita la accionante se le de aplicación al principio de la condición más beneficiosa, y con base en ello, se tenga en cuenta lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 para poder acceder a la prestación de sobrevivientes

⁴ Ver sentencias CSJ SL, 25 may. 2005, Rad 24421; 19 feb. 2014, Rad. 46101; 5 feb. 2014, Rad. 42193; 29 ene. 2014, Rad. 37955, entre otras.

porque en vigencia de dicho ordenamiento el afiliado cotizó más de 300 semanas; sin embargo, le son aplicables los mismos razonamientos antes expuestos, ya que, se insiste, no es procedente acoger el citado A.049/1990 para observar sus requisitos, pues el citado principio no le permite al juzgador aplicar a un caso en particular cualquier norma legal que en el pasado haya regulado el asunto para determinar la que más se ajuste a las condiciones particulares de la presunta beneficiaria o cuál le resulta más favorable.

Por tanto, para estudiar el asunto bajo la égida del ordenamiento inmediatamente anterior, esto es, del artículo 46 de la ley 100 de 1993, conveniente resulta acudir en primer término a los lineamientos fijados por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4650-2017 (rad. 45262), por ser tales conclusiones las que conforman la nueva doctrina en el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, veamos:

“3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.

c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

d) Que al momento de la fallecimiento estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.

c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la muerte - « hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, no aplica tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al

sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente se aplica el postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, no se aplica dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta.”

Desde esa orientación, para el caso concreto tenemos que: 1) el causante, para el 29 de enero de 2003, no se encontraba cotizando al sistema general de pensiones, ya que la última cotización efectuada antes de esa fecha data del mes de abril de 1997; 2) el deceso del afiliado ocurrió el 26 de octubre de 2017, es decir por fuera del término corrido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y 3) el causante no logró acumular más de 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha del deceso; premisas todas ellas que llevan a concluir que no dejó reunidos los requisitos para que en desarrollo de la condición más beneficiosa le sea aplicable a sus beneficiarios el artículo 46 de la ley 100 de 1993.

Bajo estas consideraciones, la Sala **CONFIRMARA** la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva.

DE LAS COSTAS

Atendiendo el resultado del recurso correrán a cargo de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de octubre de 2020 por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA AMINTA FIGUEROA BARRAGÁN y ANDRÉS FELIPE RAMÍREZ FIGUEROA en contra de la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, atendiendo el resultado \$908.526. Se confirma la decisión de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105015201800468-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Indemnización por despido sin justa causa.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia del 5 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MYRIAM BUITRAGO MELO en contra de MATROMOL COMPAÑÍA LTDA.

ANTECEDENTES

MYRIAM BUITRAGO MELO promovió demanda ordinaria laboral en contra de MATROMOL COMPAÑÍA LTDA., para que previa declaratoria de la nulidad integral del proceso disciplinario denominado “mesa laboral” del 20 de diciembre de 2017, así como de la nulidad del acta de reintegro del 18 de enero de 2018, se ordene a la demandada cancelarle \$4.687.452 a título de indemnización por retiro sin justa causa de una trabajadora enferma, \$9,374,904 a título de indemnización por retiro sin justa causa y \$20.702.913.50 a título de reparación por daño moral, junto con las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, precisó sucintamente que, se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo y el 14 de mayo de 2014, pactando como retribución un salario mínimo legal mensual vigente para desempeñar el cargo de operaria de inyección; el 22 de agosto de 2014 la EPS Cruz Blanca le dictaminó que las contingencias: epicondilitis lateral derecha, tenosinovitis de estiloides radial (de Quervain) en miembro superior derecho eran de origen común, por lo que el médico tratante le ordenó una serie de periodos de descanso a título de tratamiento paliativo; el 11 de diciembre de 2014 el médico le otorgó incapacidad médica por 15 días; el 09 de febrero de 2015 acudió al área de ortopedia con el propósito de solicitar la refrendación de sus incapacidades y continuar con las observaciones ordenadas por su médico tratante, médico que refirió la necesidad de calificación del origen de sus contingencias, por esa razón el 25 de septiembre de 2015, nuevamente, acudió al seguimiento ordenado debido

a la presunta presencia de una enfermedad origen laboral, oportunidad en la que se conceptuó que el manejo de sus padecimientos debía continuar por parte del área de fisioterapia; La Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Cundinamarca y Bogotá, mediante dictamen No. 52049224 del 22 de enero de 2016 determinó que las contingencias que ella padecía eran de origen laboral luego de evidenciar que se encontraba expuesta a un factor de riesgo de forma consistente en el puesto que ocupaba desde el 01 enero de 2014, motivo por el que el 02 de marzo de 2017 fue a su ARL, quién le practicó consulta médica precisando que actualmente llevaba 3 años en incapacidad, brindándole además unas recomendaciones, aseguradora que se mostró en desacuerdo con la decisión de la Junta y por ello solicitó la reposición y en subsidio la apelación del dictamen, argumentando que si bien se encontraba expuesta a un factor de riesgo en su puesto de trabajo el período de exposición al mismo fue muy corto; el 4 de mayo de 2017 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen No. 2049224-5250 acogió el argumento de Liberty Seguros aclarando que, en efecto, se encontró expuesta a un factor de riesgo durante un periodo de tiempo relativamente corto y que ingresó al puesto de trabajo que ocupaba en la época con padecimientos por dolor sobre sus extensiones superiores; durante el tiempo que estuvo vigente su vínculo con la empresa demanda no fue acreedora a una medida de vigilancia o protección frente a sus contingencias; la empleadora solicitó el 13 de febrero de 2017 permiso para retirarla enferma la cual radicó ante el Ministerio de Trabajo y el 20 de diciembre de 2017 le inició con la colaboración de Cruz Blanca EPS SA, un proceso disciplinario denominado mesa laboral; el 28 de febrero de 2018, se le notificó la decisión del Ministerio de Trabajo que declaró el desistimiento tácito por omisión respecto a la solicitud impetrada por la demandada; el 13 de febrero de 2017, al momento de su reincorporación laboral no se realizó análisis de los puestos de trabajo a los que podía optar formando nuevamente parte de la planta de trabajadores con un horario similar al que tenía antes de su tratamiento médico con funciones similares y devengando un salario igual, en desconocimiento de que se encontraba desempeñando actividades relacionadas con movimientos repetitivos y vibratorios, por lo que el 13 de abril presentó su carta de renuncia con justa causa ante el engaño en las actividades para las que había sido contratada, carta que fue respondida por la demanda el 23 de abril de 2018 en la que declaró la improcedencia de su renuncia y el 21 de julio de 2018 la demanda le consignó las prestaciones sociales a la orden del Juzgado Noveno Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá (fls 2-12 y subs 59-62).

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la demandada dio contestación oportunamente con escrito de folios 71-76 y escrito de subsanación de folios 92-93, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aceptó la mayoría de hechos salvo los relacionados con el cambio de funciones contratadas y no propuso excepciones. En su defensa indicó que cumplió con las obligaciones a que refieren todos y cada uno de los hechos lo cual se refleja en el pago de las acreencias laborales, incapacidades por casi cuatro años, lugar de trabajo en las condiciones fijadas por la EPS, ARL y médicos ocupacionales, cambio de funciones acordes con su patología y demás necesarias para el desempeño de sus

funciones al contrario de la demandante quien sin justificación alguna no se reincorporó a cumplir sus obligaciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de septiembre de 2019, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones, declaró probadas de oficio las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación¹ con base en las siguientes razones: 1) porque de

¹ Su señoría de acuerdo al fallo interponemos recurso de apelación ante el superior jerárquico dado que de forma previa hay que señalar que de conformidad con la sentencia No C816/2011 de la Honorable Corte Constitucional, el precedente jurisprudencial de las altas cortes constituye un factor vinculante tanto en la sede judicial como en la administrativa, siendo que en el evento que la corporación judicial o autoridad administrativa no compartan la posición de los tribunales de cierre, de conformidad con la sentencia C022/95 de la Honorable Corte Constitucional dentro de sus pronunciamientos, deben identificar las razones de hecho y de derecho por las cuales no es posible atender el factor vinculante, de conformidad con la sentencia debida SU 240/19 de la Honorable Corte Constitucional, las sentencia tendidas por esta corporación constituyen por estudiar el alcance y la aplicación de los derechos fundamentales de conformidad con los artículos 1 y 2, prevalecen sobre las sentencias emitidas por otras corporaciones judiciales, primero debido proceso, dentro del plenario puede evidenciarse que la demanda apertura un proceso disciplinario denominado mesa laboral proceso innominado toda vez que no se encuentra regulado en el artículo 115 del CST y que busca establecer las causas por las cuales mi defendida no asistía a su puesto de trabajo durante un período aproximadamente igual a 2 años, omitiendo que la causa objetiva por la cual no asistió a su puesto de trabajo obedecía a un factor objetivo como lo es la orden de incapacidades médicas suscritas por parte del médico tratante de conforman el artículo 122 del decreto 019/2012, en ese sentido del proceso disciplinario adelantado contra mi defendida es de carácter infundado; segundo, dentro del plenario de conformidad con la resolución número 0095 de febrero de 2018, la demanda inicial apertura de la solicitud de permiso de retiro de trabajador enfermo conformidad en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, solicitud que fue negada a favor de la demanda por ineptitud en los solicitados, siendo que la demanda omite los recursos de vía gubernativa en contra del acto administrativo negatorio de la querella, como hacen lo anterior, si bien de conformidad con la sentencia No. C647/12 de la Honorable Corte Constitucional señala que tanto en la sede administrativa como y/o judicial a los operarios judiciales se les encuentra verdadero proferir argumentos y decisiones con base a los supuestos de hecho, la sumatoria de los elementos anteriores permite inferir de forma razonable de conformidad con la sentencia número C022 de 1995 que la omisión de las obligaciones consagradas en el artículo 10 de la resolución 1016 del 1089 en conjunción con la apertura de un proceso disciplinario innominado contra mi defendida, acusación que concurre con el numeral 2 del artículo 2 de la ley 1010 de 2006 en la persecución laboral depreciada contra mi defendida en forma sistemática. En este sentido la carta de renuncia motivada por la por mi defendida el pasado febrero de 2018 no es más que la defensa de la señora Myriam en su derecho de conservación de su dignidad como parte de la trabajadora conformada en el artículo 48 del CST. Frente a los perjuicios morales en materia contractual la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Civil, Agraria y de Familia dentro de su sentencia No. 199900533 del Magistrado Ponente William Names Barca, sentencia del 17 de noviembre de un señala en tribunal así: primero, objeto propiamente dicho, segundo, subjetivo en sentido lato; el perjuicio moral objetivamente propiamente dicho obedece a los factores determinables como lo son los beneficios afectando la contraparte la pérdida de la oportunidad con tractor y afectación de sus haberes jurídicos en tanto los perjuicios Morales subjetivos en sentido lato obedece a la estimación proporcional del acto frente al incumplimiento pasivo. Dentro del particular el vínculo de la señora Miriam con la demanda, es decir de origen contractual en atención a su contrato, en función de los medios de prueba documental como la referencia de los dictámenes periciales de pérdida de capacidad laboral los perjuicios materiales en contra de mi defendida son de carácter objetivo propiamente dicho toda vez que a través de los mismos puede identificarse que su estado de salud actual obedece de una persona en condición de discapacidad permanente parcial de conformidad del artículo 3 del decreto 15721507 2014 razón por la cual su retiro además de ser ilegal debió ser a la negatoria del permiso de retiro emitido por la autoridad fiscal Ministerio de Trabajo en su contra demanda y téngase en cuenta su señoría también que la sentencia SU 075/15 se refiere a la carga probatoria frente a la persona que está vulnerando el derecho fundamental de mi defendida en este caso la empresa demandante es la que tiene que proporcionar el material probatorio para contradecir los argumentos fácticos de la demanda, como en este momento las recomendaciones, cuyas recomendaciones y la violación del análisis de su puesto de trabajo y el incumplimiento de ellas

acuerdo a extenso precedente jurisprudencial, debe garantizarse el debido proceso en actuaciones tanto administrativas como judiciales, lo que no aconteció en el presente caso donde a la trabajadora se le inició un proceso disciplinario el cual fue infundado ya que el tiempo durante el cual ésta no asistió a su labor estuvo justificado por las incapacidades médicas; 2) porque la solicitud o permiso para el despido que el empleador adelantó ante el Ministerio de Trabajo le fue negado, configurándose por tanto una persecución laboral que junto con el incumplimiento de sus obligaciones, la llevó a presentar la renuncia motivada ante los perjuicios que venían ocasionándosele, los cuales son de carácter objetivo, toda vez que puede identificarse a través de los documentos de prueba su estado de salud; y 3) porque la empresa demandada es la que soporta la carga de la prueba de contradecir los argumentos de la demanda en cuanto a las recomendaciones y análisis del puesto de trabajo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante insistió en la procedencia del reintegro al cargo que venía desempeñando la actora, atendiendo su particular condición médica que presentaba para la fecha de terminación del vínculo laboral, tal como se logra constatar con el material probatorio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El litigio gira en torno a establecer si la relación laboral que ató a las partes finalizó sin justa causa imputable a la demandada, configurándose el despido indirecto, y en caso afirmativo, si ésta adeuda suma alguna a la actora por concepto de las indemnizaciones y perjuicios morales solicitados, verificando a quién le corresponde la carga de la prueba en cuanto a lo dicho por la actora en el escrito de demanda en lo concerniente a las recomendaciones y análisis de puesto de trabajo, todo ello en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T y de la SS.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO – Extremos temporales, cargo y salario-.

No fue materia de controversia la existencia del contrato de trabajo entre las partes que estuvo vigente desde el 15 de enero de 2014 hasta el 21 de junio de 2018, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de Oficios Varios,

esa parte probatoria debe ser únicamente de la parte demandada la cual debe probar lo contrario siendo así su señoría no sería nada más.

devengando por tal labor un último salario mensual de \$781.242, circunstancias de las que dieron cuenta, entre otros medios probatorios, la forma asertiva como en parte se contestó la demanda y el acta final de liquidación de prestaciones (fl 78).

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INDEMNIZACIÓN

Precisa la parte actora que el contrato de trabajo terminó sin justa causa imputable a la empleadora, mostrándose inconforme con la decisión del A quo al afirmar que era ella quien soportaba la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones laborales del empleador, desconociendo su estado de salud y la persecución que se adelantó en su contra.

Para referirnos al respecto, sea lo primero indicar que si bien el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades en el que las partes como sujetos de derecho tienen la capacidad para celebrarlo y terminarlo, cuando quien lo termina unilateralmente es el empleador se denomina despido, y es sancionado cuando se produce sin justa causa, es decir, cuando la decisión tomada unilateralmente no se encuentra dentro de las determinadas en la ley. Causa también indemnización a favor del trabajador cuando la renuncia al cargo se da por conductas asumidas por el empleador que lo obligan a tomar tal decisión, produciéndose entonces un despido indirecto. Indemnización que se halla regulada expresamente en el art. 64 del C.S.T. y que en el presente asunto es solicitada bajo la modalidad del despido indirecto.

Aclarado lo anterior, dado que en los términos del párrafo del artículo 62 del CST *“la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, una vez analizada la carta de renuncia presentada por la libelista que obra a folios 33 y 34, bien puede afirmarse, *prima facie*, que era a ella a quien le correspondía demostrar en el curso de esta actuación judicial que la terminación obedeció a causas imputables a su empleadora, a quien le endilga el incumplimiento de las obligaciones generales contempladas en los artículos 56 y 57-2 del CST, así como del artículo Art 10 de la Resolución 1016 de 1989, no obstante, atendiendo la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral, se tiene que se presenta una excepción cuando se trata de los deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de los trabajadores.

Al respecto, en sentencias SL417 de 2021 de radicado 71672, citando sentencias como la SL4691 de 2018 y la SL13681 de 2016, se precisó que la parte que alega el despido indirecto es la encargada de *“demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión”*, posición que a su vez se basó en lo dicho en la SL3288 de 2018 en cuanto a la carga de la prueba en los casos de despido indirecto, cuando en lo pertinente refirió que: *“si el empleador invoca una justa*

causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.»; Sin embargo, en sentencia SL5154 de 2020, apoyándose en sentencias como la SL 7056 de 2016, SL12707 de 2017, SL2206 de 2019, SL2168 de 2019, entre otras, puntualizó que *“por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019 y CSJ SL2168-2019)”*.

Entonces, conforme lo indicado en la última anotada sentencia *“al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio; no obstante, por excepción, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores», con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil”*.

Con base en lo anterior, se tiene que en el presente caso la demandante en el escrito mediante el cual dimitió al cargo, obrante a folios 33 y 34 del plenario, dio a conocer las causas por las cuales adoptaba dicha determinación, señalando literalmente en su ordinal cuarto *“la omisión acusada implica que su persona jurídica incumple sus obligaciones generales respecto de la aplicación de las normas de seguridad e higiene consagradas en el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo”*, situación que así vista da lugar a invertir la carga de la prueba en el sentido de que es la empresa demandada quien debe acreditar que sí cumplió con las obligaciones de cuidado y protección al trabajador.

Bajo tal entendido, analizado el material probatorio que milita en el informativo se tiene por demostrado que, contrario a lo manifestado por la recurrente, la convocada a juicio realizó una evaluación de su puesto de trabajo a fin de reubicarla, en el que analizó los factores de riesgos a los que estaba expuesta.

En efecto, mal puede indicar en su recurso una ausencia o falencia en el debido proceso adelantado por la sociedad empleadora al momento de su reincorporación a las labores contradas, luego de finalizada la incapacidad que le había venido siendo reconocida por su EPS Cruz Blanca durante alrededor de 4 años -según información registrada en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral elaborados tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez como por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fls 35-48)-, si se tiene en cuenta que fue ella quien se abstuvo de participar en la citación programada por dicha sociedad, pese a que le fue comunicada oportunamente (fl 22), y que tenía como finalidad, justamente, identificar los cargos o puestos de trabajo con sus respectivas funciones propuestos para realizar la reincorporación laboral, tal y como dejó expresa constancia en el documento de fecha 16 de enero de 2018, suscrito por Xiomara Acosta y Manuel Francisco Rodríguez Alemán en su condición de Representante legal y Asistente Administrativo de la sociedad empleadora MATROMOL S.A.S., Adriana Paola Díaz Pérez en su calidad de Medico Consultor Especialista en Auditoria Médica y Carmenza Saavedra en su condición de Gerente de la firma consultora IPS /SST (fls 54-55), ello cuando previamente en reunión del 20 de diciembre de 2017, en la que además de los representantes de cada uno de los cargos ya nombrados ella compareció junto con su esposo y también hizo presencia un Médico calificador de medicina laboral de Cruz Blanca, se adquirieron compromisos mutuos por parte de ella, la empresa y la EPS para su adecuado reintegro a las labores, siendo por tanto conocedora que se le comunicaría dicho proceso (fls 86-87), documentos que al no haber sido tachados ni refutados de falso dan fe de los allí expresado y, en ese orden de ideas, causa extrañeza que pretenda desconocerlos.

Y es que ante la ausencia de recomendaciones laborales no se observa por parte de la empresa una conducta que pueda ser objeto de reproche al disponer que la reincorporación de su trabajadora lo fuera en condiciones que consideraba las adecuadas atendiendo su situación de salud y previa asesoría en tal sentido.

Nótese que si lo pretendido era que se determinara por la autoridad judicial el incumplimiento por el empleador respecto a las obligaciones que le incumbían frente a su trabajadora una vez finalizada la incapacidad médica, por supuesto que tratándose de una reubicación laboral era deber de la trabajadora demostrar cuáles actividades de las que venía desempeñando con anterioridad le estaban prohibidas o restringidas, bien por recomendación de su medico tratante, ora por decisión de la ARL o de cualquier otra autoridad competente, no siendo el Juez el llamado a escoger las labores que debía o no realizar como tampoco la empleadora, quien siempre tuvo la intención de adecuar las actividades que podía ejecutar, de acuerdo a la asesoría brindada, a los cargos existentes.

Es así como en ninguno de los dictámenes allegados se lee recomendación laboral, al punto que en la reunión llevada a cabo el 16 de enero de 2018 (fls 54-55), la demandada dejó expresa constancia que para esa fecha no se le había comunicado, manifestado, ni certificado en forma verbal o escrita ningún tipo de restricción medica laboral de la señora Myriam Buitrago Melo, lo que no fue óbice para que la empresa realizara, junto con un medico consultor especialista en

Auditoria Médica y con la Gerente de la IPS/SST, la evaluación y análisis de los cargos o puestos de trabajo opcionales con sus respectivas funciones directamente en el área operativa específica de trabajo dentro de la empresa, es así como consideró que teniendo en cuenta el diagnóstico presentado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (22.55%) y con el diagnóstico de tenosinovitis de Quervain M- 654, los cargos o puestos de trabajo apropiados y cuyas funciones no iban a afectar o agravar la patología descrita podían realizarse en las siguientes áreas: área de inyección, área de ensamble o área de despachos, con su apropiada adecuación de su puesto de trabajo.

Por tanto, lejos de hallarse probado un incumplimiento por parte del empleador a sus obligaciones para con la actora, su actuar da cuenta de todo lo opuesto, es decir, diligente y considerado; sin que el hecho de haber solicitado permiso al Ministerio del Trabajo para proceder al despido de la misma configure una conducta de persecución y de contera de su decisión de finiquitar el vínculo laboral, al tratarse simplemente de un uso legítimo de las facultades reguladas en la ley para que los empleadores puedan finalizar los contratos de los trabajadores que requieren protección especial atendiendo su estado de salud; y en todo caso al haberse decretado el desistimiento tácito de dicha solicitud porque el petente no allegó los documentos que le fueron requeridos, ninguna afectación se causó con tal proceder a la señora BUITRAGO MELO, tan es así que ni siquiera lo mencionó en su carta de renuncia.

Ahora bien, en lo que interesa a los perjuicios morales, si bien en la carta de renuncia ordinal tercero también mencionó la demandante como motivo de terminación del contrato de trabajo que: *“Hasta la presente fecha no observo la aplicación al menos parcial de una batería de riesgo bio mecánico sobre mi puesto de trabajo, de conformidad con el art 10 de la resolución 1016 de 1989”*, hecho del cual derivó a su vez el ordinal cuarto sobre el incumplimiento de normas de seguridad e higiene por parte del empleador, por las mismas razones antes expuestas se debe desestimar tal afirmación, sobre todo cuando tampoco es posible establecer con las pruebas obrantes en el plenario la obligación del empleador de implementar dicho mecanismo exigido por la trabajadora en el puesto de trabajo; no advirtiéndose, en consecuencia, dislate alguno en la decisión absolutoria del A quo frente a la ausencia de culpa del empleador en la condición médica de la trabajadora que diera lugar a un reconocimiento de carácter económico.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho en la sentencia SL1897 de 2021, reiterada en la sentencia SL2594 de 2021, cuando en lo pertinente se precisó: *“En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal*

entra la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020". Ello como quiera que en este caso no fue posible establecer una relación causal entre la culpa y el hecho dañino, es así como se tiene que la actora ya padecía de la sintomatología incapacitante desde el inicio de la vinculación laboral, presentando deterioro, inclusive, mientras no estuvo laborando porque le había sido otorgada incapacidad médica, circunstancia que de plano descarta que dicho padecimiento fue de origen laboral, como así lo consignó en el dictamen la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y por ello determinó que el origen de su enfermedad no fue profesional sino común. De ahí que no sea posible endilgarle una responsabilidad a la demandada por daños que no causó ni contribuyó a su realización. Y es que es criterio sabido que se pueden reconocer perjuicios si se acredita *"haber padecido una lesión o un menoscabo en sus condiciones materiales o morales con ocasión de la muerte, la discapacidad o la invalidez generadas por el infortunio laboral derivado de una culpa patronal, pues lo cierto es que el accidente de trabajo puede tener consecuencias indirectas frente a terceros que resultan afectados en su situación concreta"* (CSJ SL1900 de 2021, citando la sentencia SL7576 de 2016).

Por lo hasta aquí reflexionado lo procedente es la confirmación de la sentencia materia de apelación.

COSTAS

Estarán a cargo de la parte demandante al haber resultado vencida en juicio. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

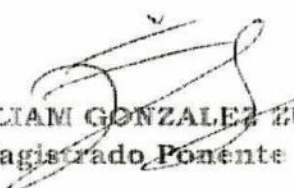
RESUELVE

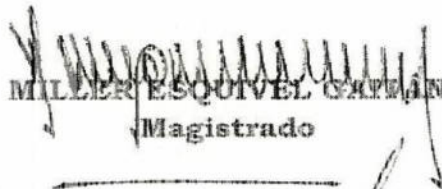
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por MYRIAM BUITRAGO MELO en contra de MATROMOL COMPAÑÍA LIMITADA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

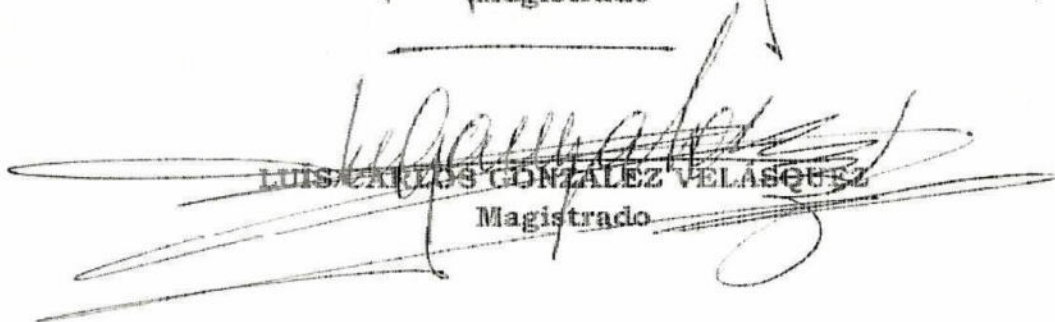
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CARDENAS
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105028201600430-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

**TEMA: CONTRATO DE TRABAJO - COMUNIDAD RELIGIOSA-
CERTIFICACIÓN LABORAL -**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por OCTAVIO ROMERO BLANDON en contra de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA.

ANTECEDENTES

OCTAVIO ROMERO BLANDON, promovió demanda ordinaria laboral contra la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, para que previa declaratoria de la existencia de una relación laboral vigente entre el 12 de enero de 1988 y el 2 de diciembre de 2011, la cual terminó sin justa causa imputable al empleador, se condene a la demandada al pago de los siguientes conceptos: una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$2.437.000 efectiva a partir del 3 de diciembre de 2011, día siguiente a la fecha de terminación de la relación laboral; la indexación del retroactivo causado desde el 3 de diciembre de 2011 hasta el efectivo pago; \$53.143.793 por concepto de indemnización por despido sin justa causa; \$2.997.523 por cesantías causadas entre el 1º de enero y el 2 de diciembre de 2011; \$331.523 por interés de cesantías por el mismo período; \$1.372.348 por prima de servicios causada entre el 1º de julio y el 2 de diciembre de 2011; \$1.498.749 por vacaciones causadas del 1º de enero al 2 de diciembre de 2011; la indemnización moratoria y la indexación.

Subsidiariamente, al pago del cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES, por todo el tiempo de relación laboral teniendo como IBC el salario realmente devengado desde el 12 de enero de 1988 hasta el 2 de diciembre de 2011.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que, inició a laborar para la demandada como profesor de medio tiempo a partir del 12 de enero de 1988, en 1990 lo nombraron como profesor de tiempo completo, fue sacerdote de la “compañía de Jesús” hasta el año 2011, fecha en la cual decidió retirarse para conformar una familia, a raíz de esto la demandada le canceló las clases que ya tenía programadas para el periodo académico del año 2012, es decir, que tácitamente dio por terminada la relación laboral el 2 de diciembre de 2011, se desempeñó como profesor de las facultades de arquitectura y de teología dictando asignaturas de antropología de la existencia, sentido de vida y salud, profesión: servicio y colegaje, madurez afectiva y vida religiosa, javerianidad, discernimiento, problemas morales y problemas psicológicos, la oración y el proceso de integración humana, psicología y moral, durante los 23 años, 10 meses y 21 días del vínculo laboral atendió las órdenes dadas, cumplió con el horario señalado y recibió como contraprestación un salario mensual sobre el cual se hacían deducciones con destino a la “compañía de Jesús”, orden religiosa a la cual pertenecía, el salario devengado para el año 2010 era de \$3.250.300, la relación laboral terminó por parte del empleador y sin justa causa quien no lo afilió al sistema de seguridad social en pensiones por lo que nunca realizó cotizaciones para cubrir su riesgo de vejez, ni le canceló las cesantías y sus intereses del periodo comprendido entre el 1 de enero y el 2 de diciembre de 2011, la prima de servicios del segundo semestre de 2011, las vacaciones del 2011, tampoco le informó por escrito el estado de pago de cotizaciones de seguridad social y parafiscales al terminar el contrato, cuenta con 69 años y no tiene los recursos necesarios para su subsistencia. (fls 2-16)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación con escrito de folios 97 a 125 en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó los hechos y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en el demandante, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019, resolvió declarar probadas las excepciones propuestas por la pasiva que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y falta de título y causa del demandante; absolvió a la demandada de todas y cada una de las

pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas al demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora interpuso el recurso de apelación al considerar que se realizó una indebida valoración probatoria de los documentos y del interrogatorio de parte del demandante, en especial de la certificación del 24 de mayo y la del folio 31 donde están los puntos que tienen incidencia y para efectos del pago de la bonificación por la producción intelectual, prueba de la que se infiere la relación laboral directa con la U. Javeriana no regida por el convenio, sino que había un contrato realidad porque de lo contrario no tenía que inscribirlo en el sistema de categorización, además que también era evaluado, por lo que su producción era *intuitu personae*, y aun cuando por su condición de sacerdote jesuita y sus votos de pobreza no cobraba los dineros para sí, eso no quiere decir que no recibía un salario, sino que esa producción no tenía ánimo lucrativo ya que esos réditos que se generaban por su actividad productiva eran gestionados y cobrados por la compañía de Jesús, quien de acuerdo a su doctrina religiosa lo distribuía en equidad entre todos sus miembros que trabajaban en la universidad, denotando así que dicha compañía hacía de gestor de los intereses del demandante, pieza procesal que enlazada con la certificación laboral de folio 19 da cuenta que él sí estuvo vinculado con la universidad sin que ahora pueda desconocerla, ya que nadie puede ir en contra de su propio acto en virtud de la seguridad jurídica, lo cual también sucede con los folios 39, 41 y 42 mediante los cuales se le dieron instrucciones específicas por el vicerrector académico, configurándose los 3 elementos que constituyen el contrato de trabajo. De igual manera, el convenio celebrado entre la Universidad Javeriana y la compañía de Jesús es ineficaz en virtud del art. 53 de la Constitución, que enseña que ningún pacto puede ir en contra de los derechos mínimos de los trabajadores; luego, quien debe asumir el pago de la pensión y/o los aportes y las prestaciones a que tiene derecho el actor es la demandada porque era la que usufructuaba los servicios prestados, debiéndose en cualquier caso aplicar el art. 15 de la ley 100 al haber estado vinculado directamente a su planta de personal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la demandada solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia insistiendo en la ausencia de relación o vínculo laboral entre ella y el demandante quien por su condición de sacerdote jesuita adelantó las actividades de docencia en el desempeño de su profesión religiosa con la Compañía de Jesús.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa la siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

El mismo gira en torno a establecer si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo y, en caso afirmativo, si la Universidad Javeriana debe reconocer y pagar al actor las prestaciones, vacaciones y pensión solicitadas, con especial énfasis en la valoración de las certificaciones laborales, el interrogatorio de parte del demandante, los documentos relacionados con su puntuación como docente y asignación de actividades, así como la validez del convenio celebrado entre la demandada y la Compañía de Jesús, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DEL VINCULO QUE ATÓ A LAS PARTES

Se encuentra plenamente acreditado que el señor OCTAVIO ROMERO BLANDON prestó sus servicios personales, como docente, en la UNIVERSIDAD JAVERIANA durante el segundo semestre de 1976 y desde el 1° de enero de 1989 hasta el 30 de diciembre de 2011 en la Facultad de Teología; labor que desarrolló por disposición de la Compañía de Jesús, en su condición de miembro perteneciente a la misma, quien lo asignó para ser su apostolado en las instalaciones de dicha Universidad. Circunstancias de las que dieron cuenta lo indicado expresamente por el demandante en el libelo genitor y por la demandada en la contestación, así como en la certificación suscrita el 18 de febrero de 1998 por el Secretario Academico en la que expresamente se lee “ *Que el PADRE OCTAVIO ROMERO BLANDON, S.J. es profesor de la Facultad de Teología en las cátedras de PSICOLOGIA Y PASTORAL de tiempo completo*” (fl 22), la ubicación en la categoría de Profesor Asistente del Escalafón a partir del 22 de julio de 1999 (fl 23) y la colaboración en diciembre de 2006 para la evaluación de obras de producción intelectual por encargo del padre rector (fl 24-25), entre otros medios probatorios.

Bajo tal entendido, como quiera que lo pretendido es la declaratoria de la existencia de un verdadero contrato de trabajo forzoso resulta remitirnos al ordenamiento que regula el mismo.

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*”

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario**

como retribución del servicio.

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».*” (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que en el sublite la demandada encausó su defensa a negar que la prestación de los servicios personales del actor como docente en sus instalaciones lo fue en el marco de un contrato de trabajo, al no existir discusión acerca de tal elemento propio del contrato de trabajo, la Sala dirigirá su atención a determinar si logró o no la encartada desvirtuar la presunción que por esa razón pesaba en su contra.

Así las cosas, tratándose de la certificación laboral que reposa a folio 19 del expediente, cuyo contenido es del siguiente tenor:

“LA DIRECTORA DE GESTIÓN HUMANA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

CERTIFICA:

*Que una vez verificados los registros laborales correspondientes a **ROMERO BLANDÓN OCTAVIO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.161.421, estuvo vinculado a esta institución de la siguiente manera:*

Durante el segundo semestre de 1976, desempeñó el cargo de profesor cátedra por hora en la Facultad de Educación.

Desde el 01 de enero de 1989 hasta el 30 de diciembre de 2011, desempeño el cargo de profesor en la Facultad de Teología, con una dedicación de tiempo completo.

Este certificado se expide a solicitud del interesado en Bogotá, D.C., A los 24 días del mes de mayo de 2016.”

HEIDI MARIA UESSELER FRANCO
Directora de Gestión Humana”

Se precisa que si bien es cierto por regla general debe tenerse por cierto lo certificado por el empleador¹, una vez analizado el contenido de dicho documento de manera conjunta con el restante acervo probatorio, entre el que se destaca la FE DE ERRATAS elaborada por la misma persona que presuntamente aparecía allí firmando (fls 140-142), los estatutos de la Universidad (fls 144-192), el Convenio de Cooperación entre la Provincia Colombiana de Compañía de Jesús y la Pontificia Universidad Javeriana, sus otrosi y nuevos convenios (fls 198-208, 134), la certificación expedida el 18 de noviembre de 2019 por el Vice- Provincial de la Compañía de Jesús en Colombia, la formula de votos del gremio con la solicitud de permiso de ausencia elaboradas por el demandante y la dispensa del celibato sacerdotal (fls 126-131 y 193-195), así como por lo aceptado expresamente por el éste al absolver interrogatorio de parte, es dable concluir que la dicha certificación por sí sola, no refleja la realidad de lo ocurrido en la prestación de los servicios del señor OCTAVIO ROMERO BLANDÓN, los cuales obedecieron, desde el principio, a una motivación de índole netamente religiosa.

En efecto, de acuerdo a los Estatutos de la UNIVERSIDAD JAVERIANA, la misma es una institución de utilidad común, sin ánimo de lucro, de carácter privado, organizada como fundación y regentada por la Compañía de Jesús. Fundada en 1623 por la Compañía de Jesús y restablecida en 1930. Como parte de la Iglesia local, en el ejercicio de su pastoral universitaria está sujeta a las disposiciones del ordinario del lugar y establecerá, de acuerdo con él, líneas de evangelización, buscando una continua adaptación de la misma a las características peculiares de su medio y dentro de una pastoral de conjunto en el ámbito universitario, como Universidad Jesuítica ha desarrollado, la Universidad participa de (Capítulo I #1, 5, 15); de ahí que no resulte ajena a su naturaleza la suscripción del Convenio de Cooperación con la Provincia Colombiana de Compañía de Jesús en virtud del cual ésta designa algunos de sus miembros para el trabajo universitario en los campos académico, administrativo y del medio universitario con la finalidad que la Universidad pueda cumplir con los objetivos establecidos en sus estatutos, entendiendo

¹ “(...) El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...”.(Sentencia del 23 de septiembre de 2009 radicado 36748. Ver también sentencia del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, reiterada en casación del 2 de agosto de 2004 radicación 22259).

que no existe relación laboral alguna ya que el personal asinado por la Compañía se vincula a la obra en ejercicio de sus derechos constitucionales de culto y asociación conforme a su opción de vida en calidad de religiosos, entre otras razones por los votos de pobreza y obediencia que han profesado, sin desconocer que por tales servicios la comunidad recibe un reconocimiento económico debiendo entodo caso por disposición legal, cumplir con la obligación de garantizar que todos sus miembros enviados estén cubiertos de manera directa a la seguridad social.

Miembro de la compañía de Jesús de la que da cuenta la fórmula de votos por él suscrita el 8 de diciembre de 1967 en la que prometió vincularse a la misma, mencionando entre otros votos, los de pobreza, castidad y obediencia, frente algunos de los cuales también hizo alusión en el compromisos del 7 de mayo de 1982, por lo que no resulta ajeno que fuera a través de la Comunidad religiosa que se le asignara en la UNIVERISDAD JAVERIANA, tal y como así se expresó por el señor Gerardo Remolina, S.J Provincial en el comunicado de fecha 31 de enero de 1990, en el que grosso modo, se le indicó que luego de constatar el éxito que había tenido en la en la facultad un año atrás, podría realizar allí un buen trabajo apostolico ayudando a desarrollar el área de psicología y de sus relaciones con la teología, destinándolo de igual manera a la comunidad de padres y hermanos del Colegio Máximo.

Al respectó, aceptó el actor en su interrogatorio que no suscribió contrato con la universidad, fue miembro de la Compañía de Jesús por 47años, asumió un voto de pobreza en el año 1967 el cual mantuvo hasta el año 2011, la Comunidad fue quien lo envió a trabajar dando clases en la facultad de teología y en otras facultades de la UNIVERSIDAD JAVERIANA recibiendo una remuneración de la que le era descontado un porcentaje para dicha orden religiosa, labor por la que era evaluado cada semestre teniendo que aceptar las mejoras y lo requerido por los decanos, directores de carrera, estaba escalafonado lo que le permitía ascender recibiendo el dinero de acuerdo al escalafon, sosteniéndose la comunidad desde 1964 del trabajo de cada uno y no de limosnas, firmaba cada semestre las evaluaciones y toda la carga académica, él era psicólogo y en ese momento era el único en la comunidad que podía hacer ese trabajo en la Universidad, sólo recibió directamente dinero de algunos cursos que hizo ya que el resto se lo daban a la comunidad quien le daba una mesada la cual también los que no trabajaban igual aunque todos los de la comunidad tenían un cargo en la Universidad.

Así las cosas, resulta evidente que su vinculación como docente y Asesor pastoral estuvo precedida del cumplimiento de los votos por él profesados a la comunidad (pobreza, obediencia, etc), los cuales según informó, acató hasta su retiro de la comunidad, al punto que ni él ni la demandada admitieron haber efectuado una retribución directa de manera permanente, sino que siempre lo fue a través de la Comunidad religiosa y

no en una suma individual sino total respecto de todos los miembros, quien era la que su ocupaba de atender sus necesidades.

Entonces, aun cuando la fe de erratas no tiene la virtualidad por sí sola de eximir a la Universidad del contenido de la certificación por ella expedida, en la medida que dicha certificación resultó contradictoria con lo demostrado en el curso de la actuación, es del caso desestimar el reproche que sobre el particular realizó la censura, ello por la potísima razón que el elenco probatorio debe ser analizado en todo su contexto atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo, y por ende, no se trata de desconocer por parte de este Colegiado que el actor realizó una labor de docencia en la que prestó personalmente el servicio atendiendo las directrices que le eran impartidas por el establecimiento educativo y por la comunidad religiosa a la que pertenecía, no, sino que atendiendo esa específica condición de religioso que detentó hasta finales del año 2011, fue que ejerció esa actividad no en procura de un beneficio individual sino del colectivo del cual era miembro, esto es, para atender sus obligaciones religiosas.

En este punto conviene precisar que el artículo 53 constitucional que consagra el mínimo vital y móvil, traído a colación por el actor para exigir el amparo de los derechos laborales, de ningún modo se ve comprometido o riñe con la decisión de no declarar probada la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre las partes, habida cuenta que su aplicación no es oportuna en este caso, donde fue el propio demandante quien optó por hacer uso de otros derechos constitucionales como lo fueron los de libertad de conciencia y culto así como de escoger su profesión u oficio contenidos en los artículos 18, 19 y 26 ibídem y sobre esa base optó por la vida religiosa acogiéndose a los postulados de la Comunidad por él escogida, lo que de suyo desvirtúa la ineficacia del convenio celebrado por ésta con la Universidad, máxime cuando en vigencia de dicha vinculación no obra prueba de reclamo por salarios, prestaciones o aportes a seguridad social, de lo que se infiere su aceptación con las condiciones en las que realizaba la actividad asignada a una institución que no era ajena a su comunidad junto con la forma en la que le era reconocida.

Al tema, pertinente resulta rememorar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia con radicado No. 20852 del 4 de noviembre de 2004 M.P Dra Isaura Vargas Díaz, en la en la que al analizar un asunto de características similares a las aquí debatidas, puntualizó:

“Para establecer la real causa o motivación de los servicios del religioso se torna indispensable la revisión de la documental que informa la existencia de la Orden de Predicadores a la cual pertenece la Universidad Santo Tomás e igualmente es miembro el actor, y dilucidar bajo qué parámetros se rigen tanto la comunidad religiosa como los frailes que optan por pertenecer a ella, porque no se trata de hacer un enfrentamiento de las normas del estatuto sustantivo laboral con las del ordenamiento canónico, sino de verificar la causa, motivos y circunstancias que dieron origen al vínculo que unió a los acá contendientes, porque la primacía de la realidad debe estudiarse en su

plenitud, para lo cual se impone sopesar las circunstancias que rodearon el desenvolvimiento de los hechos, al efecto se observa:

(...)

En el sub judice, el demandante, cuando fungió como docente y directivo de la institución demandada, ejecutó fue una actividad originada, y exclusivamente encauzada, al obedecimiento de su vocación religiosa que profesó en ejercicio de sus libertades asociativas y de opción de culto y en cumplimiento de los deberes inherentes a ella de manera obediente y consciente por espacio de 26 años. Las relaciones con tal etiología y teleología, de esa forma, en manera alguna pueden ser calificadas como laborales, por estar animadas y disciplinadas por vínculos de fraternidad, espiritualidad, desprendimiento y entrega -- extraños al contrato de trabajo--.

Ahora bien, con independencia de los modos, cargos o aún jerarquías en que cumplió la actividad el religioso, es también claro que, su relación con la institución, obra o dependencia directa de la comunidad para la cual prestó el servicio, fue orientada fundamentalmente por la espiritualidad y gratuidad que fluyen de los votos de obediencia y pobreza profesados. Por ende, dichos votos, en casos como el aquí examinado, impiden dotar de naturaleza contractual laboral las actividades educativas que como directivo universitario y docente cumplió dentro de la obra de su propia comunidad religiosa, las cuales, por esos mismos votos, están inspiradas en la voluntad de vínculos de fraternidad, espiritualidad, desprendimiento y entrega, ajenos por completo a los que corresponden al vínculo contractual laboral en donde, se sabe, se encuentra siempre presente un interés personal que se refleja en un activo patrimonial del servidor, una contraprestación económica, siempre con carácter oneroso.

Así las cosas, debe concluirse que lo que ató al sacerdote ALVARO GALVIS RAMIREZ, O.P., con la UNIVERSIDAD SANTO TOMAS no fue un contrato de trabajo sino, conforme a su opción de vida en calidad de religioso, la actividad propia de su condición de fraile de la 'Orden de Frailes Predicadores' de la Provincia San Luis Beltrán de Colombia, de la que es miembro y se debe, entre otras razones, por votos de pobreza y obediencia; y que las actividades que cumplió en ese centro docente fueron el vehículo de desarrollo de su profesión sacerdotal, siempre en beneficio de los fines esenciales de su comunidad.

(...)

Como consideraciones de instancia a más de las expresadas al estudiar el cargo, debe precisar la Corte que al hacer remembranza del análisis probatorio ya consignado, se deben distinguir en cada caso las circunstancias de si el religioso prestó el servicio para la "comunidad" o para "otro", ello precedido por el examen del motivo o causa que haya inspirado la prestación del servicio.

Se afirma lo anterior, porque cierto es para la Corte, como lo tiene también reconocido la jurisprudencia extranjera, y en ese sentido debe prohijarse tal concepto, que la calidad de miembro de una orden religiosa no determina en modo alguno la descalificación de la capacidad laboral del sacerdote, ni impone entender per se que su servicio escapa al ámbito del derecho laboral ni, consiguientemente, que esa calidad lo extrae de otros campos de aplicación de la relación laboral como la remuneración de servicios personales o, aún, de otros más amplios como la misma seguridad social; por tanto, no es cuestionable la posibilidad de que el religioso establezca vínculos de orden laboral, pero, para que éstos tengan tal connotación --como ocurre con cualquiera otra persona según se dijo al comienzo--, sólo es dable de ello hablar cuando quiera que se tienden entre el religioso y "otro", es decir, un ajeno a la comunidad a la que pertenece, y esa actividad material o intelectual está guiada por el móvil económico de que trata el artículo 22 del

Código Sustantivo del Trabajo y no cimentada en fines altruistas, religiosos o confesionales, como los que en este caso cumplía en una de las obras de su comunidad el sacerdote ALVARO GALVIS RAMÍREZ O.P. Así también, tampoco puede ser aserto absoluto el que, cuando la causa determinante de esa vinculación sea la vocación religiosa, el clérigo que ejecuta actividades diferentes a las espirituales necesariamente está atado por un vínculo laboral, como aquí ocurrió.

Lo dicho impone precisar que en casos como éste, en que la incardinación en la comunidad religiosa es fruto del fundamental derecho a la libertad de culto y asociación, se supone la disposición del miembro de la comunidad a aceptar voluntariamente, y despojado de egoísmo alguno, no solamente los trabajos referidos de modo inextricable a su vocación espiritual sino también aquellos que sin lesionar sus derechos fundamentales se consideran desarrollo normal de los deberes religiosos, tales como la dirección de las obras pertenecientes a la comunidad y, por supuesto, la docencia en áreas del saber humano aún distintas a la teología. No otra cosa se puede concluir de tal clase de organización humana, pues, el hacerse miembros de esa clase de comunidades, y comprometerse a acatar sus designios, como en este caso incuestionablemente ocurrió, no se obedece a una voluntad extraña sino a la propia que es la que expresa a través del compromiso religioso comunitario que se adquirió de manera altruista.

Al respecto, importa recordar que la Corte, en muchas ocasiones, entre ellas en la sentencia de 27 de mayo de 1993 (Radicación 5.638), para citar sólo una, ha admitido que “en veces la prestación personal de servicios obedece a relaciones de carácter espiritual que escapan por completo al ánimo especulativo pues tocan más bien con la vocación religiosa y las creencias y convicciones del individuo y sus tendencias de servicio a la comunidad”. En tales ocasiones, ha aseverado, “ello es suficiente para desvirtuar la presunción que consagra el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo porque se estableció el hecho contrario al presumido o sea que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual laboral”.

Finalmente, debe concluirse que el demandante no acreditó la relación laboral que en su demanda inicial adujo, fuera de resultar necesario resaltar que la conciencia de pertenencia del demandante religioso a su comunidad, y entre sus obras a la Universidad Santo Tomás, se vio a lo largo de casi 26 años de servicio a la misma en que jamás discutió la situación no laboral en que se desempeñó, pues fue así que no reclamó salarios, prestaciones sociales ni seguridad social; pues es claro que, apenas, al final de su servicio en la rectoría de la universidad, y por razones que no es del caso aquí analizar, fue cuando vino a plantear el sacerdote ALVARO GALVIS RAMÍREZ O.P. a su comunidad la controversia sobre su calidad de trabajador y los presuntos derechos que le competían, tal y como se puede inferir del interrogatorio de parte que absolvió –respuestas a las preguntas cuarta y quinta, folios 83 a 84--.

Últimamente, de cara a la eventual responsabilidad por la afiliación al sistema general de seguridad social, el pago de los aportes a seguridad social o el reconocimiento pensional del actor con ocasión a su labor como docente, aún cuando *prima facie* correspondería a la comunidad religiosa de la cual era miembro <<ello ante la ausencia de vinculación de éste con la aquí demandada y en los precisos términos del Decreto 3615 de 2005, modificado por los Decretos 2313 de 2006, 2172 de 2009 y 692 de 2010, que regula la afiliación de los miembros de las comunidades y congregaciones religiosas como trabajadores independientes, los que en

virtud del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por la Ley 797 de 2003) se entienden como afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, sin que ello pueda significar la existencia de una relación de carácter laboral>>, dado que la misma no fue convocada a esta actuación judicial ningún pronunciamiento podía realizarse respecto a ella, como acertadamente lo concluyera el A quo.

Costas a cargo del demandante ante el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

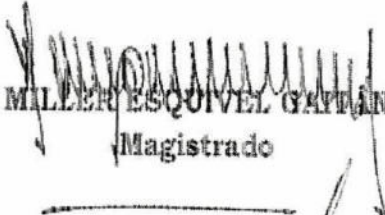
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2018, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por OCTAVIO ROMERO BLANDÓN en contra de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105025201700480-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de invalidez - requisitos.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante contra la sentencia del 30 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS ALBERTO PRIETO BOCANEGRA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la entidad demandada a la Dra. María Camila Bedoya García y como apoderada sustituta a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes en los términos y para los efectos de los poderes a ellas conferidos obrantes a folios 165-165.

ANTECEDENTES

LUIS ALBERTO PRIETO BOCANEGRA, promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez junto con la indexación a que haya lugar, los intereses moratorios desde el 12 de febrero de 2003 y hasta su efectivo pago .

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis señaló que, prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 30 de enero de 1978 hasta el 12 de junio de 1985 y luego en otras empresas privadas, cotizando un total de 759 semanas, no obstante COLPENSIONES con Resolución GNR 142085 del 16 de mayo de 2016 confirmada con resoluciones GNR 202881 del 11 de julio de 2016 y VPB 34198 del 31 de agosto de 2016; nació el 8 de marzo de 1957; la pensión le fue concedida a partir de 12 de febrero de 2003, de manera transitoria, en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 2 de noviembre de 2016 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, confirmado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 13 de diciembre de 2016; cuenta con una discapacidad del 54.45% por lo que le asiste derecho a

que la pensión le sea reconocida con carácter definitivo (fls 95-100 y subsanación fls 110-113).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación con escrito de folios 123-125 en donde se opuso a todas las pretensiones aceptó la mayoría de los hechos precisando que si bien es cierto tiene más del 50% de PCL no reúne los demás requisitos exigidos y propuso las excepciones de prescripción y ausencia de causa para demandar.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de agosto de 2019 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, absteniéndose de condenar en costas (fls 153-154).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque puesto que, de acuerdo a la documentación allegada tal como la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada tanto por la Junta Regional como por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ya que para este momento tiene enfermedad degenerativa y ha aumentado mucho más lo que le ha impedido desempeñar algún oficio, además copias de las sentencias de los fallos de tutela mediante los cuales le protegieron sus derechos fundamentales ordenando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en forma vitalicia por tener derecho a ese beneficio, haciendo tránsito a cosa juzgada con fundamento en ordenamiento de índole constitucional y jurisprudencial que resulta superior a cualquier decreto, acuerdo o jurisprudencia que puedan tratar los temas, de ahí que solicite el reconocimiento de la pensión de vejez al haber completado el actor la edad de 62 años de edad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la confirmación del fallo apelado dado que el afiliado no cumple con el requisito de las 300 semanas cotizadas con anterioridad al 1° de abril de 1994, ya que apenas contabiliza 265 por lo que no se puede dar aplicación a la condición más beneficiosa pese al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que presenta. Entre tanto, la apoderada de la parte demandante solicitó la revocatoria del fallo teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente, en particular las sentencias de tutela que le concedieron el derecho.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Como quiera que la parte recurrente no controvierte los argumentos relacionados con los requisitos para el otorgamiento de la pensión de invalidez, en especial el de densidad mínima de cotizaciones que no encontró acreditado el A quo, dirigiendo su reproche exclusivamente a que se halla demostrada la pérdida de capacidad laboral del demandante establecida con las calificaciones realizadas por la autoridad competente -Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez-, y que los fallos de tutela proferidos que dispusieron el reconocimiento pensional no podían ser desconocidos bajo el entendido de que hicieron tránsito a cosa juzgada y ampararon derechos de índole suprallegal, la Sala se ocupara de tales aspectos al tenor de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

DE LA PRUEBA DEL ESTADO DE DISCAPACIDAD DEL DEMANDANTE

Pues bien, contrario a lo aducido por la censura en su recurso, la prueba por ella referida tendiente a la demostración de la pérdida de capacidad laboral consistente en los dictámenes elaborados tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez como por la Junta Nacional, sí fueron tenidos en cuenta por el A quo, al punto de que se soportó en ellos para establecer esa situación y tener por acreditado dicho requisito a efectos de establecer si había o no lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez del actor, por lo que ningún reparo merece para esta Sala la valoración de tal medio probatorio.

DE LOS EFECTOS DE LOS FALLOS DE TUTELA QUE RECONOCIERON LA PENSIÓN DE INVALIDEZ AL DEMANDANTE- TRANSITO A COSA JUZGADA.

Se encuentra plenamente acreditado que al señor LUIS ALBERTO PRIETO BOCANEGRA le fue reconocida pensión de invalidez mediante sentencia del dos (2) de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela radicada bajo el No. 16-2016-00555-02, quien ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, conceder al actor dicha pensión, a partir del doce (12) de febrero de 2003, teniendo en cuenta el literal a) del Artículo 40 de la Ley 100 de 1993, esto es, el 45% del Ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas cotizadas (fls 38-49), fallo que una vez impugnado por la accionada fue resuelto en segunda instancia por una de las Salas de Decisión Laboral de este Tribunal, quien mediante sentencia de trece (13) de diciembre de 2016 modificó el numeral segundo en el sentido de ordenar a COLPENSIONES reconocer como **medida transitoria** al actor la dicha pensión de invalidez a partir del 12 de febrero de 2003, advirtiéndole que contaba con un término de hasta cuatro (4) meses a partir de la notificación de esa providencia para instaurar la acción judicial ante la autoridad competente (fls 50-57).

Así las cosas, al existir total claridad de los términos en los que fue concedido el amparo constitucional, en especial que la protección allí declarada lo era de manera transitoria, ninguna crítica merece para la Sala que el Juzgador de

primera instancia, como autoridad competente para resolver la controversia suscitada entre las partes dentro del proceso ordinario laboral, realizara el correspondiente estudio aun si ello representó apartarse de las consideraciones que en su oportunidad había efectuado el Juez de tutela, precisamente por la transitoriedad de esa decisión, circunstancia de la que era conocedor el actor al punto de que instauró el proceso dentro del término concedido por el Tribunal, de ahí que mal pueda pretender ahora que se mantenga incólume lo decidido en el fallo de tutela con el argumento de que los derechos allí amparados no pueden ser desconocidos por la ley, los Decretos y la Jurisprudencia, y porque dicha sentencia hizo tránsito a cosa juzgada.

Al respecto, basta precisar que en el presente caso de ningún modo riñe el ordenamiento legal y jurisprudencial vigente, al que acudió el A quo al momento de desatar la controversia puesta bajo su estudio, con el amparo al que en su oportunidad se accedió por vía de tutela, pues esta última se trata de una competencia restringida de carácter precario de la protección y efectos temporales, como así lo enseñan los artículos 86 de la C.P¹ y 8 del Decreto 2591².

En efecto, el primer anotado artículo contempla la posibilidad de acudir a la acción de tutela cuando se configure la inminencia de un perjuicio irremediable para los derechos constitucionales afectados o amenazados, en término tal que aunque exista un medio judicial idóneo para protegerlo, la decisión del juez ordinario podría resultar inútil o tardía, autorizado de esa manera la protección del amparo, pero condicionándolo, en todo caso, a un carácter transitorio y/o temporal, mientras aquél, culminado el proceso respectivo, resuelve de fondo.

¹ ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

² ARTICULO 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso. (Artículo declarado EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-018-93, del 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Martínez.

Es así como “la tutela se aplica con el objeto exclusivo de impedir el daño irreparable de los derechos afectados, pero el juez constitucional no profiere fallo definitivo acerca de la específica controversia jurídica, la que está sujeta al del juez competente. Por eso, existiendo un proceso apto para la defensa de un determinado derecho, la tutela que se otorgue con el fin de evitar un perjuicio irremediable corresponde a una intervención extraordinaria, y apenas en lo indispensable, del juez constitucional en el proceso. De allí que deba ser, por mandato constitucional, transitoria. La transitoriedad de la sentencia respectiva es tan obligatoria como la protección misma. Cumplido su propósito -cuando el juez ordinario dicta su providencia, o cuando vence el término máximo de protección que el propio juez de tutela, considerando las circunstancias del caso, haya señalado-, la orden impartida, de suyo transitoria, pierde vigencia y deja de ser obligatoria. Se realiza en esa forma el propósito constitucional sobre defensa efectiva de los derechos fundamentales, sin que se dupliquen ni confundan las competencias de jueces y tribunales.” (C. Const. T-098/98 M. P Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

En la misma orientación, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 8, es diáfano cuando precisa que quien resulte beneficiado con el fallo de tutela, cuyos efectos son transitorios, se encuentra obligado a acudir ante jurisdicción competente para mantener latente el amparo dispuesto, y sólo mientras este decide, so pena de que dicho amparo pierda automáticamente su vigor, para lo cual ni siquiera es indispensable que un juez lo declare, ya que tal circunstancia obra directamente por disposición de la norma legal, siendo esa la razón, y no otra, por la que independientemente de los derechos tutelados en la acción constitucional el juez ordinario laboral debe en su labor de decisión acudir al ordenamiento legal vigente considerado éste en todo su conjunto, donde por su puesto se halla incluida la constitución, ello al tenor de lo establecido en el artículo 230 de ibídem.

Entonces, habida cuenta que los efectos del fallo de tutela que reconoció el derecho a la pensión de invalidez del actor estaban condicionados, luego de la presentación de la demanda ordinaria laboral, a la sentencia que aquí se profiriera, no encuentra dislate alguno este Colegiado en que el Juez de conocimiento se hubiera apartado de lo considerado por el Juez Constitucional y sobre esa base, en un estudio autónomo, adoptara otra determinación, en orden a lo cual, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la parte recurrente. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró LUIS ALBERTO PRIETO BOCANEGRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

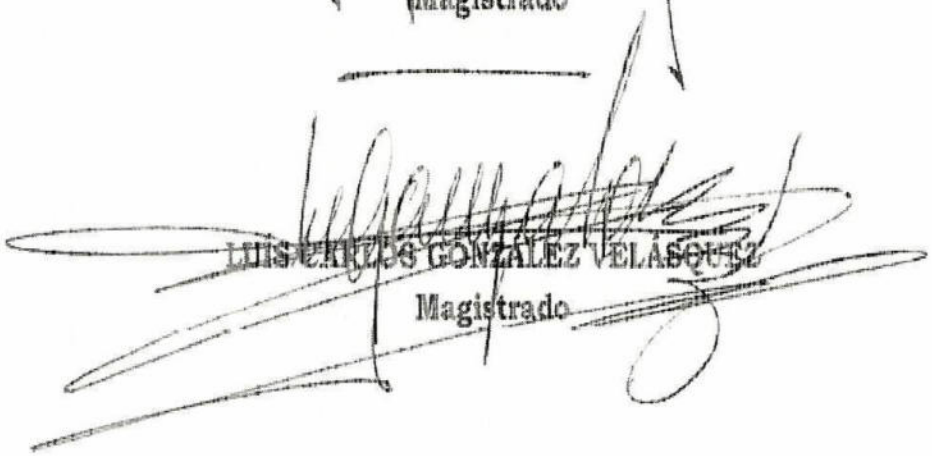
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$400.000°. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CÁRDENAS
Magistrado


LUIS ENRIQUE GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105009201800361-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos Gonzalez Velásquez

TEMA: Existencia de Contrato de Trabajo y Aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **EDILMA BARRETO PRECIADO** en contra de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A** como vocera y administradora del **PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE**.

ANTECEDENTES

EDILMA BARRERO PRECIADO promovió demanda ordinaria laboral contra FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A como vocero y administrador del PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre ella y CAPRECOM vigente del 28 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2015, durante el que ostentó la condición de trabajadora oficial, siendo beneficiaria, por extensión, de la CCT 1997-1998, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las prestaciones de orden legal y convencional causadas y no pagadas en vigencia del vínculo, como lo son las cesantías, las vacaciones legales, la prima convencional de junio (Art 49 de la CCT), la prima convencional de navidad (art 50 de la CCT), la prima convencional y legal de vacaciones (Art 52 de la CCT), el auxilio convencional de transporte (Art 47 de la CCT), la prima convencional de retiro (Art 58 de la CCT), el reembolso de las sumas por ellas canceladas a seguridad social (salud, pensión y riesgos profesionales), la indemnización por la no consignación de las cesantías

aun fondo, la moratoria prevista en el artículo 1° de la ley 797 de 1949, la indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, relató que se vinculó con CAPRECOM EICE a través de sendos contratos de prestación de servicios profesionales, iniciando el primero de ellos el 13 de diciembre de 2010 y terminando el último de ellos el 30 de junio de 2015; su última remuneración mensual fue la suma de \$1.792.549; siempre se desempeñó en el cargo de auxiliar administrativo cumpliendo funciones de revisión de cajas, cargue de facturación, registro en el sistema SEVEN, presentación de informes solicitados por el supervisor y otras, en las instalaciones de la demandada de lunes a viernes de 7:00 am a 5:00pm, sin que le fueran cancelados los derechos legales y convencionales, ni tampoco fue afiliada al sistema general de seguridad social y, el 22 de marzo de 2018 agotó la reclamación administrativa. (fls 95-114)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada, con escrito de folios 173-193 dio contestación a la demanda en donde se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó no constarle y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre del año 2019, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió condenar a la demanda al pago de \$1.797.050 por auxilio de cesantías, \$898.526 por compensación de vacaciones, \$898.526 por prima de vacaciones, \$1.271.000 por prima de navidad legal, \$20.208.900 por concepto de indemnización moratoria, \$5.719.410 por el artículo 99 de la ley 50 de 1990, así como la devolución a la demandante de la proporción de aportes a pensión que correspondía pagar al empleador durante toda la relación de trabajo, sumas todas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago; absolver a la demandada de las demás pretensiones; declarar probada la excepción de inexistencia de la CCT y; condenar en costas a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A incluyendo como agencias en derecho la suma de dos (2) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación así:

La parte demandante, en cuanto 1º) ha debido declararse como fecha de ingreso el 28 de mayo de 2012, conforme las documentales obrantes a folios 44-45, 42 y 21, más no el 1º de febrero de 2014; 2º) la norma que debió aplicarse era la ley 45 de 1945 (Art 46) y su Decreto reglamentario más no el artículo 24 del CST; 3º) las cesantías debieron reconocerse desde que se causaron en el año 2012 y no desde el año 2014 por lo que frente a ellas, en gracia de discusión, no operó la prescripción, y tratándose de las vacaciones debieron reconocerse las causadas cuatro años atrás de la terminación; 4º) porque le asistía derecho a los beneficios convencionales por extensión teniendo que valorarse la CCT allegada que las contenía al haber sido aportada debidamente; y 5º) porque ante la falta de pago de los aportes a seguridad social es procedente la devolución de lo cancelado por la trabajadora por salud y riesgos laborales puesto que la ley 100 de 1993 establece que el empleador debe asumir el pago completamente cuando no realiza el descuento.

La parte demandada para que se revoque la declaratoria de la existencia del contrato ya que la demandante estuvo vinculada a través de varios contratos de prestación de servicios, debiendo valorarse la prueba testimonial para determinar si en verdad estuvo subordinada; además que dichos contratos no fueron extendidos como lo indicó la A quo sino que siempre fueron temporales y, por tanto, no tenía derecho a las prestaciones legales y convencionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido las partes guardaron silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a establecer si la prestación de los servicios personales de la actora a la extinta CAPRECOM EICE, estuvo regida por un verdadero contrato de trabajo pese a la suscripción de los contratos de prestación de servicios y, en caso afirmativo, si le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones legales y convencionales propias de los trabajadores de planta para lo cual deberá dilucidarse la naturaleza jurídica de la demandada y sobre esa base (i) si la demandante ostentó la condición de trabajadora oficial y el ordenamiento que regula tal vinculación, (ii) cual fue la fecha de inicio de la relación, y si hay lugar a modificar los valores reconocidos por concepto de cesantías y vacaciones, (iii) si la demandante era beneficiaria de las prerrogativas convencionales solicitadas, (iv) si hay lugar al pago de los

aportes a seguridad social (salud y riesgos profesionales), debiendo asumirlos el empleador, todo ello de conformidad con el principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

De acuerdo con la Ley 314 de 1996, la naturaleza jurídica de CAPRECOM es la de una empresa industrial y comercial del estado de orden nacional, por lo que por regla general sus servidores son trabajadores oficiales, salvo quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Directores Regionales, y Jefes de División, considerados como empleados públicos (art 12).

DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - CONTRATO REALIDAD

No fue materia de discusión la circunstancia de la prestación de los servicios personales de la demandante para CAPRECOM EICE, en virtud de sendos contratos de prestación de servicios, desarrollando la actividad de auxiliar administrativo, recibiendo por su último contrato unos honorarios pagaderos por mensualidad vencida de \$1.271.000; circunstancias que se constatan con las certificaciones y las copias de los contratos de prestación de servicios ejecutados, entre otros medios probatorios (fls 21, 29-32, 44-45, 56-63, 78-82).

Contratos de servicios que se discriminan así:

- 1) Del 28 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012
- 2) Del 03 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2012
- 3) Del 03 de septiembre de 2012 al 31 de marzo de 2013
- 4) Del 23 de enero de 2014 al 30 de abril de 2014
- 5) Del 13 de enero de 2015 al 30 de junio de 2015

De manera que, de declararse el vínculo laboral, se regularía dicha situación, como bien lo concluyera la A quo, por la Ley 6ª de 1945 reglamentada por lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1945, que sobre el contrato de trabajo en el artículo 2º, indica:

“Existe contrato de trabajo cuando concurren:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional,*
- c. El salario como retribución del servicio.”*

Así mismo, el artículo 3° del citado precepto normativo, enseña que reunidos los tres elementos referidos, el contrato de trabajo no deja de serlo a pesar del nombre que se le dé y, el artículo 20 expresa que, *“se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien se beneficie de éste, la **existencia de contrato de trabajo** y le corresponderá destruir la presunción a éste último.”*

En consecuencia, le bastaba a la demandante acreditar la prestación personal del servicio a favor de CAPRECOM EICE, para que entrara a operar a su favor la referida presunción, contrario a lo concluido en primera instancia, por lo que por disposición legal le correspondía a la convocada a juicio, desvirtuar lo presumido.

DE LA PRUEBA DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO-EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EXTREMOS TEMPORALES

Aparece demostrada la prestación personal del servicio de la actora a CAPRECOM EICE no sólo con los contratos que se denominaron de prestación de servicios personales, por los períodos arriba señalados sino también con los testimonios rendidos por CARLOS ARTURO GÓMEZ ORTIZ y BIVIANA ORTIZ RANGEL, en los que coincidieron en señalar que fueron compañeros de trabajo de la demandante desde el mes de febrero de 2014 en las instalaciones de CAPRECOM ubicadas en el barrio la Soledad donde quedaba la Territorial Bogotá en la parte financiera, lugar donde cumplían un horario de lunes a viernes de 8:00 am a 5:00 pm conforme lo ordenado por su jefe inmediato Dra. Ines Morales, debiendo la trabajadora hacer radicación de la captura de las facturas, consolidar inventario y llevar esa información a diario, ello con las herramientas que les proporcionaba la entidad como escritorio, computador y demás útiles, sin que esa labor pudiera ser desarrollada en otro lugar porque debía estar conectada a intranet del sistema financiero, sin que durante desde su vinculación y hasta cuando se retiró en el año 2015 se hubiese presentado interrupción alguna o ausencia de su parte, ya que incluso terminado el plazo del contrato continuaba trabajando hasta la suscripción del próximo, con el fin de que el Supervisor aprobara el nuevo contrato, conociendo además que el pago se realizaba de forma mensual a través de transacción a sus cuentas efectuada por Tesorería, siendo enfáticos en que con anterioridad al mes de febrero de 2012 no compartieron el mismo lugar de trabajo con la actora; pruebas que así vistas permiten establecer, además de la prestación personal del servicio el cumplimiento de horarios y la designación de funciones.

Por tanto, entró a operar la ventaja probatoria a favor de la demandante, por lo que le correspondía a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A como vocera y administradora del PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE., desvirtuar, como se indicó, con fundamentos fácticos contrarios a los

presumidos, que la señora EDILMA BARRERO PRECIADO estuvo vinculada a través de verdaderos contratos de prestación de servicios; advirtiéndose que, de vieja data la H. CSJ, ha enseñado que de acuerdo con el ***principio de la primacía de la realidad*** de presentarse discordancia entre la realidad y lo que se vislumbra de los documentos y/o acuerdos de orden formal, deberá preferirse lo acaecido en el terreno fáctico. En otras palabras, las formalidades ceden a los hechos y son estos los encargados de establecer si verdaderamente existió una relación laboral.

Para atender la carga probatoria indicada, la llamada a juicio en la contestación de la demanda no allegó el expediente administrativo laboral de la demandante solicitando simplemente como pruebas para soportar su dicho, que se escuchara a la promotora de esta actuación en interrogatorio, no obstante, nada aparte de confesar haber suscrito los contratos de prestación de servicios de manera libre y voluntaria, no haberse afiliado a la organización sindical, pasar cuentas de cobro y que el último contrato finalizó por su renuncia, manifestó en lo que interesa a las condiciones en las que desarrollo la labor con funciones propias de auxiliar administrativo.

En los contratos de prestación de servicios celebrados el 7 de enero de 2014 como auxiliar administrativo en el proceso de radicación y registro de facturas de salud en integra y apoyo a la gestión de la territorial Bogotá Cundinamarca (fls 56-63) y 13 de enero de 2015 como auxiliar administrativo en el proceso de radicación y registro de facturas de salud en seven y apoyo a la gestión de la territorial Bogotá Cundinamarca (fls 78-82), se encuentran determinadas las funciones designadas a la actora.

Luego, del análisis en conjunto de estas pruebas, para la Sala es evidente que la demandada no logró desvirtuar la presunción legal respecto a la existencia de un contrato de trabajo y, por el contrario, emerge el ejercicio de la subordinación jurídica de la demandante respecto de la convocada a juicio a través de las ordenes de cumplimiento, de la supervisión del mismo, de un horario, así como de la asignación y supervisión del desarrollo de sus funciones; pudiéndose concluir bajo tales premisas que la demandada sí ejerció subordinación jurídica sobre la señora EDILMA BARRERO PRECIADO, elemento que diferencia el contrato de trabajo de cualquier otra modalidad contractual, incluido el contrato de prestación de servicios profesional alegado por la llamada a juicio.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró que lo que en realidad se presentó fue un contrato de trabajo entre la demandante y CAPRECOM EICE vigente desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 30 de junio de 2015, en la ejecución de los diferentes contratos de prestación de servicios en especial entre los celebrados para los años 2014 y 2015 respecto de los cuales no se observa interrupción o suspensión alguna, pues si bien no se allegaron todos los contratos celebrados en ese

lapso de tiempo, la continuidad de la labor quedó acreditada con el dicho de los testigos y la certificación expedida por la pasiva obrante a folio 21.

En este punto de la declaratoria conviene precisar, por haber sido objeto de reproche de la parte actora en su recurso, que en ningún dislate incurrió la falladora de primera instancia cuando se abstuvo de declarar la existencia de un único contrato de trabajo desde el 28 de mayo de 2012 hasta el 30 de junio de 2015, en la medida que sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que la demandante desempeñó la labor contratada a través de los contratos de prestación de servicios solo dio cuenta la prueba testimonial, la cual coincidió en señalar que fue tan sólo hasta febrero de 2014 que compartieron el mismo lugar con la señora EDILMA como compañeros de trabajo, desconociendo cómo ésta ejecutaba su actividad con anterioridad a esa calenda, confesando la propia libelista al absolver su interrogatorio de parte que cuando suscribió los mismos sabía que eran de prestación de servicios y no laborales, es decir, y si ello es así, por supuesto que en ese interregno (28 mayo de 2012 a 31 de enero de 2014) es dable concluir que la demandada logró desvirtuar que el trabajo se realizó de manera subordinada y/o dependiente en el que la libelista hubiese estado sujeta al cumplimiento de un horario o que se le impartieran ordenes o instrucciones durante la ejecución de las actividades contratadas.

DE LOS VALORES RECONOCIDOS POR CONCEPTO DE CESANTÍAS Y VACACIONES DESDE MAYO DE 2012

Habida cuenta que no hay lugar a modificar la fecha de inicio del contrato de trabajo que declaró la falladora de primera instancia, esto es, el 1° de febrero de 2012, por las razones anteriormente indicadas, el pedimento de liquidar las cesantías y las vacaciones desde el año 2012 no encuentra sustento fáctico ni jurídico, por lo que frente a esta condena se confirmará la ordenada en la sentencia apelada.

DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO 97-98

Se duele la parte actora de que no se hubiera accedido al reconocimiento y pago de los conceptos convencionales por ella solicitados en la demanda, pese a que aportó en debida forma la Convención Colectiva de Trabajo que los contenía y de la cual estima es beneficiaria por extensión.

En tal sentido, como el argumento principal del fallo recurrido para negar tales pedimentos consistió en que no se tenía certeza sobre la vigencia de la convención para el momento en el que la demandante prestó sus servicios a CAPRECOM (2014-2015), ya que el periodo de duración de la allegada era de dos años (1996-1998), basta indicar que en oposición a tales afirmaciones, respecto a la copia de la CCT obrante a folios 88 a 94, por sabido se tiene que ante la ausencia de acuerdo colectivo posterior se

presume su prorroga en los términos del artículo 478 del CST,. Así mismo se destaca que el 25 de noviembre de 1996 fue depositada ante el Ministerio de Trabajo, es decir, dentro del término a que hace referencia el artículo 469 del CST.

Ahora bien, en cuanto al campo de su aplicación dado que nada dice su contenido, a fin de verificar si la misma es extensiva a terceros tenía que demostrarse por la parte interesada que el número de los afiliados a la organización sindical excedía la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa o si por decisión gubernamental así se dispuso conforme lo establecen los artículos 471 y 472 del CST, no obstante, en el proceso no se halla prueba de tales circunstancias lo que de suyo impide conceder los beneficios solicitados por la demandante, sobre todo cuando para dicho propósito resulta insuficiente la sola manifestación efectuada en la demanda.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS CANCELADAS POR LA TRABAJADORA AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL (SALUD Y RIESGOS LABORALES)

Considerando que lo anhelado por la promotora de esta actuación es que se disponga el reembolso de la totalidad de los dineros que en vigencia del contrato de trabajo tuvo que pagar de su propio peculio al régimen de seguridad social en salud y riesgos profesionales, la Sala habrá de negar tal pedimento al acoger en su integridad el reciente criterio expuesto por el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, en la sentencia de unificación del 9 de septiembre del año 2021¹ dentro de la acción de Nulidad y restablecimiento del derecho Radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), en la que en lo pertinente señaló:

“3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

¹ Sentencia de Unificación de Jurisprudencia, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección⁸⁶ a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal,⁸⁷ estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».⁸⁸

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla,⁸⁹ no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.”

Y tratándose de los aportes realizados a pensión, por cuanto no fue objeto de la alzada no hay lugar a pronunciamiento.

Las reflexiones hasta aquí expuestas comportan la confirmación íntegra del fallo apelado.

COSTAS

Sin costas en la instancia atendiendo el resultado desfavorable de los recursos interpuestos por las partes. Las de primera instancia se confirman

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por EDILMA BARRETO PRECIADO en contra

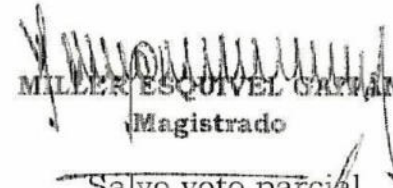
de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A como vocera y administradora del PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

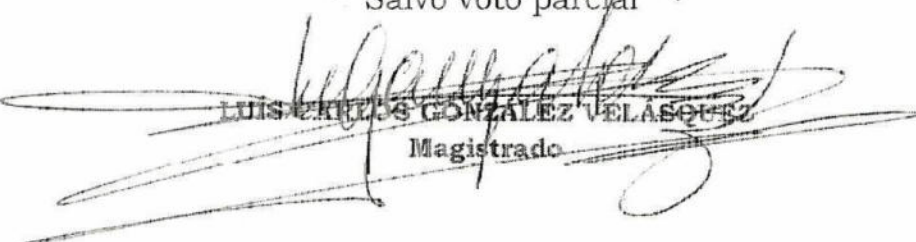
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GUEVARA
Magistrado

Salvo voto parcial


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105016201800259-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

ASUNTO: EXISTENCIA CONTRATO DE TRABAJO- SANCIÓN ART. 99 LEY 50 DE 1990.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de agosto de 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por CAMILA ANDREA DUARTE HERREÑO en contra de LUIS ÁNGEL ORTIZ DUARTE.

ANTECEDENTES

CAMILA ANDREA DUARTE HERREÑO promueve demanda ordinaria laboral en contra de LUIS ANGEL ORTIZ DUARTE en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Supertienda la 42 Modelia, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1º de febrero de 2006 y el 30 de noviembre de 2016, que terminó sin justa causa imputable al empleador, se ordene el pago de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicio, las vacaciones compensadas en dinero, las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del CST, así como la del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la indemnización por la omisión del suministro de la dotación, al pago de los aportes a seguridad social, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que el 1º de febrero de 2006 comenzó a laborar para el señor LUIS ÁNGEL ORTIZ DUARTE a través de un contrato verbal de trabajo para desempeñar el cargo de atención en el establecimiento de comercio de su propiedad

denominado Supertienda la 42 Modelia, cumpliendo un horario laboral rotativo semanal de 7:30 am a 6:00 pm y de 9:00 am a 9:00pm; la última asignación mensual fue la suma de \$1.050.000°; el 30 de noviembre de 2016 el empleador dio por finalizada la relación laboral de manera unilateral y sin justa causa; y, durante la vigencia del vínculo no le fueron canceladas las prestaciones sociales ni realizados en su favor los aportes a seguridad social. (fls 3-12)

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la demandada y pese a que el convocado a juicio dio contestación con escrito de folios 28-38, por auto del 30 de mayo de 2019 se tuvo por no contestada habida cuenta que éste no subsanó las falencias advertidas al momento de su inadmisión (fl. 39).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de agosto de 2019, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, luego de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes que rigió desde el 1° de febrero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2013, el cual terminó por decisión del empleador, condenó a éste al pago de los siguientes conceptos: a.) Por auxilio de cesantías \$6.174.925, b.) Por intereses a las cesantías \$740.991, más otra suma igual por concepto de la sanción de la Ley 52 de 1975, c.) Por primas de servicios \$6.174.925, d.) por concepto de vacaciones \$4.156.250, e.) por concepto de indemnización del artículo 65 del CST el valor de los intereses causados a partir del 1° de enero de 2014 sobre el valor de las prestaciones y hasta el momento efectivo del pago de las mismas, f.) Por los aportes a seguridad social por los períodos comprendidos entre el 1° de febrero de 2006 y hasta el 31 de diciembre de 2009 con un IBC igual al SMLMV para cada anualidad y a partir del 1° de enero de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2013 con un IBC de \$1.050.000°, g.) Por la indexación de las vacaciones desde el 1° de enero de 2014 y hasta su pago; absolviendo al demandado de las demás pretensiones y condenándolo en costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.500.000°.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque única y exclusivamente en cuanto absolvió al demandado de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto éste debió demostrar la buena fe, sin que pueda predicarse, como lo hace el A quo, una mala fe para la imposición de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y buena fe para esta sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo teniendo en cuenta el vínculo de consanguinidad de ellos como lo confesó el demandado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido las partes guardaron silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si hay o no lugar a disponer el pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, ello en atención al alcance de la apelación (artículo 66A del CPL y SS).

RELACION LABORAL

No fue materia de reparo por ningunas de las partes la declaratoria del contrato de trabajo a término indefinido que ató a las partes entre el 1º de febrero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2013.

DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS A UN FONDO DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990

La naturaleza jurídica de las cesantías determina que las mismas son créditos a favor de los trabajadores y a cargo de los empleadores, con la obligación de hacerlos efectivos al término del contrato de trabajo, *“los patronos, en consecuencia, no manejan el dinero correspondiente a las cesantías de sus trabajadores, sino que adeudan a cada uno de ellos la suma equivalente a su derecho, según el artículo 249 del C.S.T, en proporción al tiempo y al salario devengado, para que las disfruten o gocen, consumiéndola o ahorrándola, “al terminar el contrato de trabajo”.* (Anales, Tomo LXXXVI, pag. 171).

Enseña el artículo 99 de la ley 50 de 1990 frente a la consignación de las cesantías a un fondo *“...3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.”*

Luego, el deber de consignación de las cesantías a un fondo de cesantías es legal y expreso pero su omisión ha de ser estudiada bajo la perspectiva de que se trata de una sanción, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, esto a fin de

verificar si existen razones serias y atendibles que lo justifiquen y lo ubiquen en el terreno de la buena fe.

Así las cosas, al analizar las pruebas allegadas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo entre las partes, se advierte que el demandado al absolver el interrogatorio de parte aceptó expresamente que la promotora de esta actuación pese a que estuvo vinculada desde el 1° de febrero de año 2006 y hasta el año 2013, devengando el salario mínimo y a partir de 2010 \$35.000 diarios, trabajando en una jornada y cumpliendo funciones de atención al clientes sin que le hubiera consignado las cesantías aun fondo, significando con ello que siempre fue consciente que la prestación de los servicios de la actora en el establecimiento de comercio de su propiedad no obedeció simplemente a los lazos de consanguinidad que los unía sino a una relación de índole laboral, por lo que al no presentar argumentos que permitan establecer las razones por las cuales no consignó las cesantías causadas en vigencia de dicho vínculo, dentro del término legal en el fondo autorizado, su conducta no permite inferir que el incumplimiento de esta obligación se realizó por circunstancias ajenas a su voluntad.

De lo anterior es posible afirmar que el empleadora incurrió en esta sanción y por ello habrá de revocarse la absolución que en tal sentido se efectuó en primera instancia.

En relación con la procedencia de esta sanción conveniente resulta traer a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia 46574 del 19 de octubre de 2016, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, cuando puntualizó:

*“Conviene recordar que para definir la procedencia de la indemnización moratoria, **debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual,** está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra. De ahí que se sostenga que la aplicación de esta sanción no es automática ni inexorable.*

*Del mismo modo, debe memorarse que la **“buena fe” equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de “mala fe”, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis***

de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 ag. 2016, rad. 45175); e igualmente que «la absolución de esta clase de sanción cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los mismos contratos, ni la condena de esta súplica pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia; habida consideración que en ambos casos se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada» (Sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39.186, reiterada en la SL11436-2016, 29 jun. 2016, rad. 45536).

Las anteriores directrices también deben observarse para el evento de la omisión del empleador de no consignar en un Fondo la respectiva cesantía anual, que corresponde a la sanción moratoria consagrada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, por tener junto con la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del Código Sustantivo de Trabajo que se genera por la no cancelación de salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo, su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozando ambas de una naturaleza eminentemente sancionatoria, y como tal su imposición según quedó visto, está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador. (Negrilla fuera de texto)

De esta manera, esta Colegiatura puede concluir que se debe condenar al demandado al pago de la dicha sanción, la cual, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes asciende a la suma total de \$50.855.999, ello teniendo en cuenta el salario determinado en primera instancia para calcular las cesantías causadas anualmente durante la vigencia del vínculo.

COSTAS

Ante la prosperidad del recurso de apelación las costas de esta instancia correrán a cargo del demandado. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

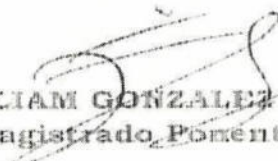
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal tercero de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por CAMILA ANDREA DUARTE HERREÑO contra LUIS ANGEL ORTIZ DUARTE en cuanto absolvió al demandado de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, para en su lugar condenarlo a pagar por dicho concepto la suma de \$50.855.999, confirmándolo en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

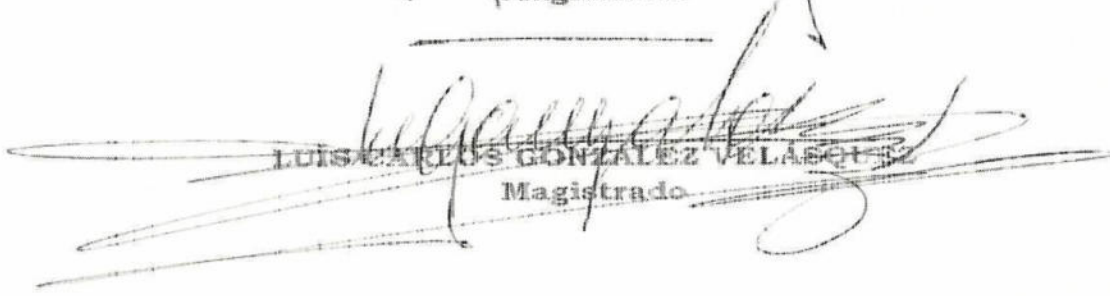
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILENA ESQUIVEL GAVIRIA
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELASCO
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201600117-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Indemnización moratoria artículo 65 del CST – sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 25 de julio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **SERGIO RENE GORDILLO SIERRA** en contra de **CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S EN LIQUIDACIÓN, MARÓA FERNANDA CONTRERAS BARRERA, ERIKA PATRICIA CONTRERAS BARRERA, MAGDA PAOLA CONTRERAS BARRERA, LUIS ALBERTO CONTRERAS CASTAÑEDA y VIVIANA XIMENA CONTRERAS CASTAÑEDA.**

ANTECEDENTES

SERGIO RENE GORDILLO SIERRA promovió demanda ordinaria laboral en contra de CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S EN LIQUIDACIÓN, MARÓA FERNANDA CONTRERAS BARRERA, ERIKA PATRICIA CONTRERAS BARRERA, MAGDA PAOLA CONTRERAS BARRERA, LUIS ALBERTO CONTRERAS CASTAÑEDA y VIVIANA XIMENA CONTRERAS CASTAÑEDA, para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo con CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S EN LIQUIDACIÓN, del 1 de enero de 2010 al 22 de febrero de 2016, se condene a los demandados de forma solidaria, al pago de salario correspondiente al mes de febrero de 2016, prestaciones sociales y vacaciones del 1 de enero de 2015 al 22 de febrero de 2016, aportes al Sistema de Seguridad Social, por los meses de enero y marzo de 2016, sanción por el no pago oportuno de los aportes al Sistema de Seguridad Social, la indemnización de que trata el artículo 64

del CST, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de las cesantías correspondientes al año 2015, la indexación de las condenas impuestas, el daño mora por la terminación del contrato de trabajo y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, prestó sus servicios para la demandada CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S EN LIQUIDACIÓN, mediante contrato a término indefinido desde el 1 de enero de 2010, desempeñando el cargo de diseñador junior – arte finalista, de lunes a viernes, de 8:00 a.m. a 6:00 p.m., con una hora de almuerzo. Que, el 15 de febrero de 2016, la señora MARIA FERNADAN CONTRERAS BARRERA, gerente y representante legal de la Sociedad demandada, le informó que la empresa no contaba con recursos económicos para cancelarle esa quincena, y, el día siguiente, 16 de febrero de 2016, le fue entregada una carta, donde se le manifestaba que no era posible pagarle su salario, al igual que los aportes al Sistema de Seguridad Social y el auxilio de cesantías correspondiente al año 2015, que la intención era continuar operando hasta la liquidación la Compañía, por lo que era decisión del actor, continuar trabajando, supeditando el pago de sus servicios, a los recursos económicos que fueran ingresando, concediéndole hasta el 19 de febrero de 2019, para dar su respuesta.

Refiere que el 16 de febrero del 2016, la representante legal de la demandada radicó ante la Cámara de Comercio de Bogotá la decisión de disolución de la sociedad; que, los trabajadores solicitaron al Ministerio de Trabajo visita urgente, la cual se llevó a cabo el 18 de febrero del 2016 por la Inspectora de Trabajo No. 21, dejando constancia de la deuda que para la fecha tenía la empresa con sus trabajadores; no obstante, su empleador, dejó constancia respecto a que los trabajadores estaban en libertad de regresar o no a trabajar, que la cancelación de lo adeudado se haría hasta el momento que ellos pasaron su renuncia o se les diera por terminado el contrato, y que, en todo caso, la liquidación final, se adelantaría conforme a los lineamientos de la Superintendencia de Sociedades, respetando el orden de prioridades que esa entidad indicará; que, el 22 de febrero del 2016 el demandante entregó su carta de renuncia motivada.

Aclara que, CONTRERAS Y SALCEDO GROUP, fue inicialmente constituida como una Sociedad Limitada, posteriormente, el 5 de octubre de 2012, se transformó en una Sociedad por Acciones Simplificada; y, el 9 de febrero de 2016, en asamblea extraordinaria, los socios decidieron ceder la totalidad de sus acciones a la representante legal y aquí demandada MARÍA FERNANDA CONTRERAS BARRERA, quien asumió el rol de liquidadora de la sociedad.

Indica que, la primera semana de marzo del 2016, la representante legal entregó las oficinas donde funcionaba la Empresa, dejando parte de los activos para cancelar las cuotas de administración adeudadas y el resto de bienes muebles, los vendió a un tercero, por lo que, no cuenta con ningún

activo que respalde las deudas laborales; que, a la fecha de presentación de la demanda ordinaria laboral no se había adelantado ningún proceso de liquidación de la sociedad comercial; siendo, tanto la representante legal, como sus socios, solidariamente responsables del pago de las obligaciones laborales adeudadas, además por no haber respetado la prelación de créditos, pese a la advertencia hecha por la revisora fiscal de la Sociedad, quien le indicó en informe dirigido a la representante legal, las posibles sanciones y consecuencias por el no pago de los créditos laborales. Que, la terminación del contrato de trabajo le produjo un grave perjuicio económico y moral, debido a la antigüedad que tenía con la Compañía y la forma en que se produjo la finalización del vínculo (fls. 2-15 y 84-97).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificados los demandados, dieron contestación oportunamente, en los siguientes términos:

CARLOS ALBERTO CONTRERAS CASTAÑEDA y VIVIANA XIMENA CONTRERAS CASTAÑEDA, Con escritos de folios 132 a 146 y 182 a 194 Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones, señalando que algunos de los hechos no eran ciertos o no les constaban, salvo lo relacionado con el extremo inicial del vínculo laboral del demandante, el cargo desempeñado por éste y el horario de trabajo; propusieron las excepciones de Falta de responsabilidad societaria por no ser socios de la compañía en virtud de cesión de acciones, improcedencia de la ficción legal sobre presuntas responsabilidades societarias, plena responsabilidad de la sociedad en liquidación, inexistencia de relación laboral entre el demandante y los demandados, cancelación de la persona jurídica y las que se prueben a lo largo del proceso. En su defensa argumentaron que, ya no son accionistas de la sociedad por lo que no tienen responsabilidad alguna en el pago de las obligaciones que reclama el actor; además CONTRERAS Y SALCEDO GROUP, una sociedad por acciones simplificada y conformó una persona jurídica distinta de sus accionistas por lo que es la sociedad quien debe responder y no ellos.

MAGDA PAOLA CONTRERAS BARRERA, ERIKA PATRICIA CONTRERAS BARRERA y MARÍA FERNANDA CONTRERAS BARRERA, esta última en nombre propio y como representante legal de CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S., aceptaron igualmente los hechos relacionados con la vinculación laboral del demandante los extremos de la misma el cargo y horario cumplido por éste, oponiéndose a las pretensiones de la demanda aclarando que debido a la grave situación económica fue necesario el cierre de la compañía sin embargo en el proceso de liquidación se cancelaron, de manera preferencial, los aportes al Sistema de Seguridad Social del trabajador y se le hizo un pago por concepto de prestaciones sociales, en un porcentaje acuerdo con los ingresos obtenidos durante dicho trámite; resaltando que durante la mayor parte de la relación laboral la compañía

siempre cumplió con sus compromisos frente a los trabajadores actuando de buena fe; formularon las excepciones de prescripción y pago parcial de la obligación (fls. 224-229 y 256-263).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de julio de 2018, el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la existencia de una relación laboral entre el demandante y CONTRERAS Y SALCEDO GROUP SA.S. EN LIQUIDACIÓN del 1 de enero de 2010 al 22 de febrero de 2016; condenando a esta última al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, reclamadas; autorizó a la demandada, a descontar de las condenas impuestas, la suma de \$1.373.140, cancelados al reclamante durante el proceso de liquidación; negó las indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la sanción por la no consignación de las cesantías, por considerar que la conducta de la Sociedad demandada, no estuvo revestida de mala fe, pues, no fue su intención evadir sus obligaciones labores, sino que esta circunstancia se vio justificada por la difícil situación financiera que condujo a su liquidación. Absolvió a los demás demandados y condenó en costas procesales a la demandada CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S. EN LIQUIDACIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandante, solicita que se revoque parcialmente la decisión de Primera Instancia y se condene a la demandada, al pago de la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de las cesantías a un Fondo, pues, no actuó de buena fe durante la relación laboral, ya que, no es cierto que hubiese adelantado un proceso de liquidación ante la Superintendencia de Sociedades y durante el proceso de disolución, no tuvo en cuenta la antigüedad de los trabajadores, ni las recomendaciones de la revisora fiscal respecto al pago de los créditos privilegiados; además, los mismos socios, aceptaron, al absolver interrogatorio de parte, que la representante legal le dio un mal manejo a la Compañía, que la condujo a su cierre.

Considera que hubo una indebida valoración de las pruebas por parte de la A-quo, quine no tuvo en cuenta toda la documental aportada, especialmente los balances y estados financieros, con los que se logra acreditar que la Empresa si tenía la liquidez suficiente para cancelar las acreencias laborales del demandante; y, pide un pronunciamiento respecto a la solidaridad de la representante legal en el pago de las condenas, al haberse desempeñado como liquidadora de la misma.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, las partes guardaron silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si hay lugar o no al pago de la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST, así como de la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, por lo que a tales aspectos limitara su estudio la Sala en virtud del principio de limitación y congruencia de que trata el artículo 66A del CPL y SS.

DE LA RELACIÓN QUE ATÓ A LAS PARTES

No es materia de inconformidad en la alzada la existencia del vínculo laboral que unió a las partes vigente entre el 1 de enero de 2010 y el 22 de febrero de 2016, en virtud del cual el demandante, se desempeñó como diseñador junior - arte finalista, devengando como último salario mensual la suma de \$1.905.000.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST Y LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN FEBRERO DE 2016.

En lo que interesa para desatar el recurso de apelación, el artículo 65 del CST modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, establece la indemnización moratoria, si a la terminación del contrato, el empleador no paga los salarios y prestaciones debidas, salvo, los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes. Y esta sanción, no es de aplicación automática, sino que el Juez debe analizar la buena o mala fe del empleador.

Igualmente, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, preceptúa la indemnización por la no consignación oportuna de las cesantías, antes del 15 de febrero del año siguiente, debiendo el empleador incumplir el plazo señalado, pagar un día de salario por cada día de retardo.

Siendo pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en señalar que, previo a reconocer estar indemnizaciones, es necesario que el Juzgador, realice una valoración de la conducta del empleador con el fin de determinar si se desvirtúa la presunción de mala fe o si, por el contrario, se demuestra que hubo buena fe a pesar de la omisión o retardo; como se advierte en sentencia del 11 de julio de 2000, con radicación 13467, donde la Corte indicó:

“La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.

Ello no es nada nuevo, pues en sentencia de 9 de abril de 1959, reiterada en varias oportunidades, tanto por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como por la Sala de Casación Laboral de la Corte, se ha dicho que, “La sanción por ella consagrada (se refiere al art. 65 del C.S. del T.) no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría aberración contraria a las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso.

En el asunto que se estudia, se aplicó la norma sin sopesar previamente a la imposición del castigo, si hubo mala fe de la empleadora, pues el Tribunal se limitó a expresar que como no estaba “demostrado que a los demandantes se les haya consignado las cesantías a partir del 15 de febrero de 1997, la empresa se hizo acreedora a la sanción prevista por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, luego se incurrió en la interpretación errónea del citado precepto, porque sin duda lo aplicó automáticamente, si se tiene en cuenta que la conducta de la parte demandada para no consignar anualmente, según se observa, no fue objeto de ningún análisis, al punto que por fuera de aquella imposición se dedicó a rebatir, ya con posterioridad a la liquidación de la condena, los argumentos del a quo, en cuanto éste no aceptó que los demandantes estuvieron en el régimen de la ley 50 de 1990, y nada más.”

Ahora, en cuanto a la iliquidez de una empresa como eximente de moratoria, ha señalado la Sala de Casación Laboral, en sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, reiterada en la 37288 del 24 de enero de 2012, que:

“Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de

la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)".

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado con la documental aportada, los interrogatorios de parte absueltos por el demandante, y la señora MARIA FERNANDA CONTRERAS BARRERA en su condición de representante legal de CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y demandada persona natural, así como, con las declaraciones de los testigos SONIA YOLANDA FIGUEROA JIMENEZ, MARÍA ALICIA CHAPARRO TORRES, LAURA MARITZA HIGUERA, que, aunque CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, funcionaba, aparentemente, de manera normal, para el año 2015 y tenía a su cargo varios trabajos publicitarios; al cierre de dicho año fiscal, tuvo más pérdidas que ingresos y no contaba con flujo de caja, lo que la condujo, a un estado de iliquidez, que le impidió cumplir con el pago de todas sus obligaciones, incluidas las laborales; además entró en proceso de liquidación voluntaria, finalizado el 10 de abril de 2017; no pudo disponer de los bienes muebles, pues, estos fueron objeto de retención por parte del propietario de la oficina donde funcionaba el establecimiento de Comercio, a quien también dicha Sociedad la adeudaba los cánones de arrendamiento y cuotas de administración; y que, sólo producto de una devolución a su favor, por parte de la DIAN, de un impuesto de renta, interesado en saldar las obligaciones con sus trabajadores, logró poner al día el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social y repartir en todos, un porcentaje del valor del adeudado pero no su totalidad.

Circunstancias que, para esta Sala, desvirtúan la mala fe de la demandada CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, exonerándose del pago de las sanciones declaradas, pues, aunque incumplió con el pago de algunos derechos laborales, no lo hizo con el interés de desconocer o defraudar al demandante, quien era conocedor del mal estado en que se encontraba la Compañía, ya que, la representante legal, enteró a los trabajadores de dicha situación, resultando acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al absolverla de estas pretensiones.

Finalmente, respecto a la solidaridad de MARIA FERNANDA CONTRERAS BARRERA, en el pago de las condenas impuestas, como liquidadora de CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S., basta indicar que el actor, cuenta con las acciones civiles y penales respectivas, para debatir el mal

manejo que atribuye a ésta, durante el proceso de liquidación de la sociedad, sin que el proceso ordinario laboral, la instancia correspondiente para evaluar la labor de la señora CONTRERA BARRERA y determinar si ignoró o no el orden legal de prelación de créditos.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2018, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por SERGIO RENE GORDILLO SIERRA en contra de CONTRERAS Y SALCEDO GROUP S.A.S EN LIQUIDACIÓN, MARÍA FERNANDA CONTRERAS BARRERA, ERIKA PATRICIA CONTRERAS BARRERA, MAGDA PAOLA CONTRERAS BARRERA, LUIS ALBERTO CONTRERAS CASTAÑEDA y VIVIANA XIMENA CONTRERAS CASTAÑEDA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

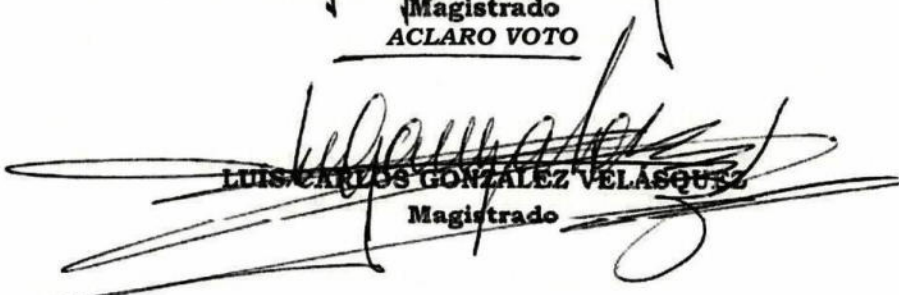
SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
ACLARO VOTO


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201400381-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato realidad – Trabajo Suplementario.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación presentados por los apoderados del demandante y las demandadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, calendada el 20 de febrero de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FREDY MAURICIO BAQUERO** en contra de **PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P.** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP.**

ANTECEDENTES

FREDY MAURICIO BAQUERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP, para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo, con LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P – LIME S.A. E.S.P.-, como verdadero empleador, y donde PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., actuó como un simple intermediario, se condene solidariamente a las demandadas, al pago del trabajo suplementario, a razón de 2 horas diarias, extra nocturnas, laboradas de lunes a sábado, durante la vigencia del vínculo laboral, eso es, del 4 de junio de 2008 al 5 de enero de 2012; así como, de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP,

está adscrita a la Secretaria del Hábitat de Bogotá Distrito Capital, y tiene como misión planear, coordinar, supervisar y controlar la gestión integral de los residuos sólidos de la ciudad; que, dicha Unidad, suscribió contrato con la empresa LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P – LIME S.A. E.S.P., quien a su vez, contrató a PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., para proveerle el personal encargado de la recolección de desperdicios en la ciudad de Bogotá.

Que, en virtud de lo anterior, el demandante, fue contratado por PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., desde el 4 de junio de 2008 y hasta el 5 de enero de 2012, para desempeñar el cargo de conductor de camión recolector de basura, devengando como último salario la suma de \$566.700, es decir, el mínimo legal mensual vigente para esa anualidad.

Refiere que, dichos vehículos eran de LIME S.A. E.S.P., en virtud de un contrato de leasing con la UAESP; las órdenes que recibía eran dadas por los representantes de LIME S.A. E.S.P., así como la logística para el desempeño de sus funciones, que también estaba a cargo de esa demandada; que, ni en vigencia de la relación laboral, ni a su terminación, le cancelaron lo correspondiente a trabajo suplementario, pese a que el actor, laboró en jornadas de 10 horas, de lunes a sábado, comenzando su jornada a partir de las 6:00 p.m., de ahí que, le adeuden lo correspondiente a 2 horas extras nocturnas diarias, laboradas durante todo el tiempo que duró el vínculo de trabajo; lo cual consta en unas planillas de registro que realizaba LIME S.A. E.S.P., a través de las cuales coordinaba su parque automotor (fls. 2-14).

Mediante escrito de reforma a la demanda, la parte actora, adicionó como pretensiones subsidiarias, la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre POSEG S.A.S y el demandante, del 4 de junio de 2008 al 5 de enero de 2012, y que, LIME S.A. E.S.P., es responsable de todas las acreencias debidas, por ser beneficiario de la actividad realizada por el actor. También agregó nuevas pruebas documentales (fls. 665-679).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron contestación tanto a la demanda, como a su reforma, en los siguientes términos:

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP-, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; respecto a los hechos dicho no ser ciertos o no constarle, aceptando la suscripción del contrato de concesión 054 de 20013, con la empresa LIME S.A. E.S.P., el cual estuvo vigente hasta el año 2011, toda vez que, dentro de sus actividades no se encuentra enlisada la prestación directa del servicio de aseo, en sus componentes de recolección, barrido y limpieza; propuso las

excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad laboral contemplada en el artículo 34 del CST, respecto de la UAESP; llamó en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA y a SEGUROS DEL ESTADO, aseguradoras con las que se constituyó garantía única de cumplimiento con LIME S.A E.S.P., para cubrir el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (fls. 74-82, 202-204370-378, 495-499 y 801-812).

LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. – LIME S.A. E.S.P., negó los hechos de la demanda, salvo lo relacionado con la suscripción de un contrato comercial con POSEG S.A.S.; se opuso a las pretensiones; asegurando que nunca sostuvo un vínculo laboral con el demandante; que, tampoco existen elementos para que se configure la solidaridad deprecada; que, no se probó por parte del actor, el trabajo suplementario; se opuso al decreto de las pruebas trasladadas, por versar sobre extremos procesales diferentes. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, prescripción, y las demás que se logren probar en el proceso (fls. 343-355 y 771-783).

PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., indicó que celebró contrato de trabajo con el demandante, por obra o labor contratada, cumpliendo a cabalidad con las obligaciones derivadas del mismo, sin adeudarle suma alguna por concepto de horas extras, pues, el actor, no laboraba en horarios adicionales a las 8 horas diarias reglamentarias; que, entre POSEG S.A.S. y LIME S.A. E.S.P., existe un vínculo comercial, cuyo objeto es la prestación de un servicio específico y no es el suministro de personal, como erradamente lo señala el demandante; refiere que, no es cierto que las tres demandadas, UAESP, LIME S.A. E.S.P. y POSEG S.A.S, ejercieran subordinación sobre el actor, pues, su único empleador era POSEG S.A.S. Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demanda, buena fe y prescripción (fls. 625-644 y 784-800).

La llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A. – CONFIANZA, señaló que el 29 de julio de 2003, expidió la póliza única de seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 24GU001561, para amparar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por pago de salarios y prestaciones sociales según contrato de concesión 54 de 2003, suscrito entre la UAESP y LIME S.A. E.S.P.; posteriormente, dicha póliza sufrió modificaciones hasta el año 2012; que, también se emitieron las pólizas 31GU0874000 para amparar el contrato de concesión 159E y la 31GU090467, para amparar el contrato 013 de 2012, con objetos similares. Formuló las excepciones que denominó, el amparo de salarios únicamente cubre personal vinculado al contratista

garantizado LIME S.A. E.S.P., mediante contratos laborales, inexigibilidad de los seguros por no cobertura de hechos y pretensiones de la demanda, ausencia de acreditación de la ocurrencia del siniestro imputable al garantizado, ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas antes del inicio de la vigencia de cada póliza, prescripción de las acreencias laborales, existencia de coaseguro consecuente y la genérica (fls. 716-730).

SEGUROS DEL ESTADO, manifestó que expidió póliza de seguro de cumplimiento a favor de la UAESP, GU001561, para amparar el contrato de concesión 054 de 2003, mediante la figura del coaseguramiento, en compañía de CONFIANZA y SEGUROS CONDOR; que su relación con LIME S.A. E.S.P., es eminentemente comercial y se limita a lo estipulado en el contrato de seguro. Propuso las excepciones de ineficacia del llamamiento en garantía, requisitos del coaseguro y la ausencia de solidaridad en el mismo, requisitos para hacer exigible la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal, inexistencia de obligación a cargo de Seguros del Estado, si se declara relación laboral directa del demandante y el asegurado UAESP, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento, compensación, límite de responsabilidad, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza y la genérica (fls. 737-751).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de febrero de 2018, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y LIMPIEZA METROPOLITANA S.A E.S.P. LIME S.A. E.S.P., del 4 de junio de 2008 al 5 de enero de 2012; dentro del cual PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S actuó como simple intermediario; no obstante, absolvió a las demandadas, de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, la parte actora, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el trabajo suplementario que alega haber efectuado por dos horas extra nocturnas durante toda la vigencia del vínculo laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria parcial de la decisión de Primera Instancia, para que se acceda a las pretensiones de la demanda, relacionadas con el reconocimiento y pago del trabajo suplementario y la indemnización moratoria; dado que en el curso del proceso, con la confesiones y respuestas evasivas de la representante legal de LIME S.A. E.S.P. al absolver el interrogatorio de parte, las pruebas trasladadas que las Juez de Primer Grado, no valoró, y la documental correspondiente al control de entrada y salida de los camiones recolectores de basura, donde LIME S.A. E.S.P., dejaba constancia de las horas de

trabajo de los conductores, entre ellos el actor, que no aportó las plenario existen suficientes indicios y pruebas que demuestran las 2 horas extra nocturnas laboradas por el actor, las cuales nunca le fueron canceladas.

Igualmente, refiere que, al quedar acreditado el trabajo extra nocturno, y su no pago, por parte del empleador, procede la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST; además que, debe declararse la responsabilidad solidaria de la UAESP, en los términos del artículo 34 del CST, por ser la directamente beneficiaria de la obra o servicio prestado por el demandante; y que, habiendo se accedido a una de las pretensiones de la demanda, no debe condenarse al actor, al pago de costas procesales.

Por otro lado, las demandadas LIMPIEZA METROPOLITANA S.A E.S.P. LIME S.A. E.S.P. y PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S, piden revocar la declaración de existencia del vínculo laboral, que la Juez de Primera Instancia, consideró que existía entre LIME S.A. E.S.P. y el demandante, pues, este fue contratado por la empresa PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., la cual le cancelaba los salarios y prestaciones sociales correspondientes a la labor contratada como conductor, sin que pueda considerarse un simple intermediario, cuando en realidad, ejerció la subordinación sobre el mismo, contrario a LIME S.A. E.S.P, que nunca actuó como su empleador; sin que, consideran, se le pueda dar validez a lo declarado por el testigo JOSÉ MARCOS GRACIA, que sólo fue convocado por la parte actora, para declarar acerca del horario de trabajo del actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, SEGUROS DEL ESTADO, se pronunció al respecto, reiterando la ausencia de responsabilidad de la UAESP, por cuanto no se comprobó la solidaridad de ésta con LIME S.A. E.S.P., por lo que, no es posible afectar la póliza de cumplimiento suscrita para amparar el contrato de concesión 54 de 2003.

Por su parte, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP-, solicita confirmar en su totalidad la sentencia proferida, especialmente respecto a la absolución de la solidaridad de esa Unidad, pues, nunca fue beneficiaria de la labor desempeñada por el demandante, teniendo en cuenta que sus labores, difieren de los efectos del contrato de concesión suscrito con la empresa LIME S.A. E.S.P.

Los demás sujetos procesales, guardaron silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

En virtud de lo previsto en el artículo 66 del CPTSS, así como de lo señalado en la sentencia de Primera Instancia, y en los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y las demandadas LIMPIEZA METROPOLITANA S.A E.S.P. LIME S.A. E.S.P. y PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S, le corresponde a esta Sala determinar; (i) si existió una relación laboral entre el demandante señor y la demandada LIME S.A. E.S.P., además establecer si la empresa POSEG S.A.S. es una simple intermediaria, (ii) si hay lugar al reconocimiento y pago de horas extras reclamadas, (iii) si le asiste alguna responsabilidad solidaria a la UAESP, en caso de acceder a las pretensiones del actor y, (iv) si procede la condena en costas a cargo de la demandante.

DE LA CONDICIÓN DE VERDADERO EMPLEADOR DE LIMPIEZA METROPOLINA S.A. E.S.P. Y LA FIGURA DEL SIMPLE INTERMEDIARIO DE PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S

El artículo 22 del CST, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23 del mismo Código, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: *a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.*

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, la demostración de la prestación continua del servicio, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada*

subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador». (CSJ SL362-2018, Radicación 53801 del 21 de febrero de 2018).

En el caso bajo estudio, de la prueba documental allegada, los interrogatorios de parte absueltos por el demandante y los representantes legales de las demandada LIMPIEZA METROPOLINA S.A. E.S.P. y PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., así como de la declaración del testigo JOSÉ MARCOS GRACIA, que debe ser valorada en su integridad, por ser compañero de trabajo del actor y tener un conocimiento directo no sólo del horario en que éste desempeñada sus funciones, sino también de la forma en que se desarrolló la relación de trabajo; claramente se logró establecer:

Que, entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP- y LIMPIEZA METROPOLINA S.A. E.S.P.- LIME S.A. E.S.P., se suscribió el contrato de concesión 54 de 2003, *“para la recolección, barrido y limpieza de vías y áreas públicas y corte de césped en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición en las áreas de servicio exclusivo –ASE’s- Nos. 1 y 5 del Distrito Capital de Bogotá”* (fls.95-114).

En virtud de lo anterior, LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S.A. E.S.P., contrató a PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES POSEG S.A.S., para que le proporcionara *“todos los servicios y/o bienes que éste le requiera para la prestación del servicio público de aseo, quien los proveerá ya sea de forma directa o a través de terceros”* (fls. 655-656); y, POSEG S.A.S., a su vez, vinculó al demandante, mediante contrato de trabajo por obra o labor, en el cargo de conductor, *“por el tiempo que dure la ejecución del contrato de fecha seis (6) de febrero de dos mil seis (2006) suscrito entre POSEG LTDA y LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. – LIME S.A. E.S.P., que las partes declaran conocer, específicamente, mientras se ejecutan las obligaciones contraídas en la orden de servicio No 1 emanada del citado contrato”* (fls. 649-653).

No obstante, el beneficiario de la prestación de los servicios del demandante, fue LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. – LIME S.A. E.S.P., como acertadamente lo concluyó la Juez de Primera Instancia, pues, el vehículo que conducía, el uniforme de dotación, el parqueadero donde retiraba y dejaba el camión recolector de basura, las herramientas con las que realizan la recolección de residuos y basuras en Bogotá, como también los supervisores de las actividades diarias del demandante, pertenecían a LIME S.A. E.S.P.; sin que, el contrato de trabajo existente entre POSEG S.A.S. y el actor, resulte suficiente, para derribar la condición de verdadero empleador de LIME S.A. E.S.P., quien ejerció subordinación y durante el vínculo laboral del actor, actos de propios de una relación laboral.

Ahora, respecto a la condición de intermediario de la demandada PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., se debe traer a colación lo señalado por el numeral 2 del artículo 35 del CST, según el cual

“2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.”

Al respecto, de viaja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido sobre la norma transcrita que se prevén dos clases de intermediarios:

*“a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores **para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador**. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.*

*b) Quienes agrupan o coordinan **trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación**, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador.*

En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1° del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario “representante” del empleador.

*La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del CST y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, **quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono**, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.*

*Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, **sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente***

la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.¹ (Negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, es claro que, pese a que el actor fue contratado por PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., este actuó como un simple intermediario, pues, como ya quedó establecido, las funciones ejecutadas por el demandante, fueron realmente realizadas para LIMPIEZA METROPOLINA S.A. E.S.P., LIME S.A. E.S.P., quien ejerció como verdadero empleador, impartándole órdenes e instrucciones al trabajador, entregándole la dotación y los elementos de trabajo, para el desempeño de su labor de conductor de camión recolector; resultando acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia en este sentido.

DEL PAGO DE LAS HORAS EXTRAS

Para el reconocimiento del trabajo suplementario, se han desarrollado jurisprudencialmente los siguientes presupuestos o condiciones que se asumen como necesarios; i) debe encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas; iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido; iv) las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no cualquier otro tipo de actividades.

Debe indicarse que, en cuanto a la prueba de las horas extras, las mismas deben encontrarse reflejadas dentro del plenario de manera clara y fehaciente, determinando el número, fecha, sin que sobre ellas recaía duda alguna sobre la labor, que se demuestre claramente que el empleador las autorizó o consintió tácitamente.

El empleador está obligado a llevar diariamente un registro de trabajo suplementario de cada trabajador, en el que se especifique: nombre de éste, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, indicando si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobre remuneración correspondiente.

¹Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, rememorada en las Sentencias Rad. No 30.653 del 17 de febrero de 2009 y SL 868 de 2013

A su turno, el artículo 167 del Código General del Proceso establece lo relacionado con la carga de la prueba al indicar: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

Frente a esta tema, se considera que la decisión adoptada por la A-quo se encuentra ajustada a Derecho por cuanto, la carga de la prueba recaía en cabeza del demandante, a quien le incumbía demostrar la prestación del servicio por fuera de su jornada legal ordinaria de trabajo, no debió limitarse simplemente a solicitar en su pedimento el reconocimiento y pago de estas, sino debió acreditar mediante una prueba fehaciente que llevara claridad y precisión a la Juzgadora, sobre la labor del demandante, por fuera de su jornada laboral, pues no debe olvidarse que no son válidas las conjeturas para determinar las horas extras laboradas, además de que no existe constancia de que el empleador las hubiese aprobado o acreditado, ni siquiera reposa al expediente prueba de los supuestos recorridos realizados por el demandante, en el horario nocturno alegado.

Contrario a lo afirmando por la parte actora, no pueda obtenerse confesión alguna del interrogatorio de parte absuelto, en el curso del proceso, por el representante legal de LIME S.A., quien fue tajante al responder que en el patio de operaciones, no se llevaban planillas de ingreso y retiros de vehículos, sino unos reportes de novedades, que llevada el área de mantenimiento; tampoco puede tomarse como indicio grave, el hecho de no haber presentado las planillas de control cuya existencia fue negada por las demandadas, ni menos aún, las respuestas de los representantes legales de LIME S.A. E.S.P. y POSEG S.A.S., que consideró la parte actora evasivas o las pruebas trasladadas, relacionadas con la presunta confesión de LIME S.A. E.S.P., en procesos de similares características; pues, se reitera, el trabajo suplementario no puede suponerse, ni deducirse, sino que debe fluir con absoluta certeza, lo cual no ocurre en el presente caso, donde el trabajador, refiere haber trabajado 2 horas nocturnas durante la vigencia de toda la relación laboral, y ni siquiera, probó la jornada ordinaria de trabajo; por ende, mal puede suplirse dicha ausencia probatorio, con la valoración que hace la parte actora, de indicios que no cuenta con respaldo alguno.

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP-

Pretende la parte actora, se declare solidariamente de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP-, en los términos del artículo 34 del CST, por ser beneficiaria de la actividad desarrollada por el demandante y tener el mismo objeto social; no obstante, comoquiera que, en el presente asunto, no se impartió condena alguna en contra del verdadero empleador, resulta inane pronunciarse respecto a la supuesta solidaridad deprecada; así lo advirtió la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de agosto de 2011, con radicación 35937, donde se advierte que, mientras no se imponga condena al empleador obligado, no es dable hablar de responsabilidad solidaria, *“ya que su obligación no tiene carácter independiente sino derivado, porque no formó parte de la relación laboral de la que la prestación se origina, y, por ende, cualquier prestación que deba solucionar está condicionada a que se genere, con anticipación, en la persona del empleador.”*

DE LAS COSTAS PROCESALES

Finalmente, en cuanto a la condena impuesta al actor, por las costas procesales de Primera Instancia, que considera no procede, al haber prosperado la pretensión declarativa. Basta indicar que, a la luz de lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, éstas se imponen *“a la parte vencida en el proceso”*, que, no sacó adelante sus pretensiones o excepciones, según sea el caso.

De ahí que, aunque en Primera Instancia, se haya declarado la existencia de un contrato de trabajo, en el que LIME S.A. E.S.P., actuó como verdadero empleador del demandante, sus demás aspiraciones no prosperaron, razón por la cual, procede la condena en costas, como la carga económica que debe afrontar, al no asistirle la razón, en los argumentos expuestos en su demanda.

En los anteriores términos, quedan resueltos los recursos de apelación, presentados.

Sin costas en la Instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 20 de febrero de 2018, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por FREDY MAURICIO BAQUERO en contra de PROVEEDORES DE OBRAS Y SERVICIOS GENERALES S.A.S – POSEG S.A.S., LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

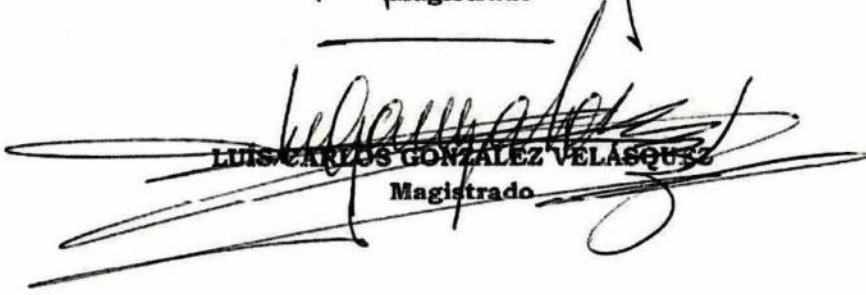
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en la Instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105011201600458-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Ineficacia del Traslado RAIS - Retroactivo pensional – Prescripción mesadas – intereses moratorios artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 8 de febrero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUZ ELENA VARGAS ARBELAEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

LUZ ELENA VARGAS ARBELAEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, previa declaración de nulidad de su afiliación al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, se ordene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida a su favor, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, a partir del 25 de octubre de 2010, junto con el pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 25 de octubre de 1955, por lo que, al 1 de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad, y más de 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, siendo beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que, estuvo afiliada al ISS, del 9 de julio de 1979 al 18 de

abril de 1994, luego se trasladó a la AFP Colpatria, administradora que luego fue absorbida por la AFP BBVA HORIZONTE y hoy es la AFP PORVENIR S.A., las cuales nunca le informaron acerca de las desventajas de su traslado de régimen, ni que perdería los beneficios del régimen de transición, y menos aún la posibilidad que tenía de retornar al RPMPD, en dicho régimen hasta el 30 de agosto de 2009, cuando mediante sentencia de tutela, proferida por el juzgado 51 penal del circuito de Bogotá, el 9 de febrero de 2010 se autorizó su traslado al ISS hoy Colpensiones.

Informa que, el 16 de febrero de 2010, la AFP BBVA HORIZONTE, le informó que en cumplimiento del fallo de tutela había trasladado sus aportes pensionales al ISS, por lo que, el 10 de noviembre de 2010, luego de cumplir los 55 años de edad, solicitó al ISS, el reconocimiento de la pensión de vejez; sin embargo, este derecho le fue negado mediante resolución 106860 del 27 de abril del 2011 por no cumplir con el requisito de semanas mínimas cotizadas, decisión contra la cual la actora interpuso los recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación, confirmando el ISS, su decisión, a través de las resoluciones 035165 del 29 de septiembre de 2011 y 01913 del 29 de mayo de 2012; nuevamente la demandante, el 13 de noviembre del 2013, reclamó ante COLPENSIONES, su derecho pensional, el cual le fue negado mediante las resoluciones GNR345229 del 6 de diciembre del 2013, GNR 80244 del 12 de marzo del 2014 y VPB 13982 del 21 de agosto del 2014.

Advierte que, luego de presentar múltiples solicitudes tanto a la AFP PORVENIR S.A., como a COLPENSIONES, para que se actualizara su historia laboral, el 30 de agosto de 2016 por resolución GNR 245177, COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez, pero, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del primero de septiembre de 2016, en cuantía inicial de \$5.656.811, sin tener en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición y que la última cotización efectuada al sistema de pensiones fue el 31 de enero del 2010; en consecuencia, el 13 de septiembre del 2016, interpuso los recursos de ley, sin que a la fecha de presentación de la demanda, los mismos hayan sido resueltos (fls. 3-27).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron contestación oportunamente, en los siguientes términos:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante escrito visible de folios 219 a 229, calidad de las pretensiones, indicó no constarle o no ser cierto la mayoría de los hechos, aceptando únicamente lo relacionado con la edad de la demandante, su afiliación al ISS, su traslado al RAIS y su retorno al RPMPD, mediante fallo de tutela, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado,

prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, pago, carencia de causa para demandar, compensación y la innominada o genérica.

En su defensa argumentó que, en relación con la solicitud de nulidad de traslado del régimen pensional, la actora, no cumplía con los requisitos para su retorno al RPMPD, y, respecto a la reliquidación de la pensión de vejez, refiere que una vez trasladada por orden de tutela, a la demandante, se le reconoció el derecho pensional, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta 1250 semanas cotizadas, y que, al 1 de abril de 1994, solo acreditaba un total de 9 años y 1 mes de servicios, no cumpliendo así con el requisito fijado en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-856 de 2013, esto es, 15 años de servicio a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, razón por la cual, no conservó el régimen de transición debiendo ser reconocido el derecho conforme a la normatividad ya señalada y no al Acuerdo 049 de 1990; aclara que la pensión de vejez le fue reconocida a la demandante, desde el 25 de octubre de 2010, reconociéndole un retroactivo de \$342.664.525.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptando igualmente, los hechos relacionados con la edad de la demandante, su afiliación al RPMPD, su traslado al RAIS y su retorno al ISS, de los demás hechos dijo no ser ciertos o no constarle; formuló las excepciones de mérito denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominado o genérica.

Considera que, el traslado efectuado por la demandante, el 18 de abril de 1994 a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., fue totalmente válido, ya que, obedeció a la decisión libre y voluntaria de la actora, recibiendo la asesoría suficiente y sin que mediara alguna causal de nulidad que permita declarar su ineficacia.

Como hecho sobreviniente, dentro del curso del proceso y previo a la audiencia de qué trata el artículo 77 del CPTSS, COLPENSIONES, a través de la resolución GNR 318096 del 28 de octubre del 2016, re liquidó la pensión de vejez de la demandante, por lo que en la audiencia celebrada el 14 de septiembre del 2017, la parte actora desistió de la pretensión relacionada con la fecha de causación de la pensión de vejez modificó la pretensión relaciona con el pago del retroactivo pensional insistiendo en el reconocimiento de las diferencias frente a este por ser la actora beneficiaria del régimen de transición y se mantuvo en lo relacionado con la nulidad del traslado al RAIS.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de febrero de 2019, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, al

RAIS administrado por la AFP PORVENIR, declaró que está era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en consecuencia, condenó a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 25 de octubre del 2010, en cuantía inicial de \$6.879.046,34, por 14 mesadas al año, más los ajustes de ley; ordenó el pago de un retroactivo pensional correspondiente al período comprendido entre el 23 de septiembre del 2013 y el 31 de octubre de 2018, igualmente reconoció el pago de los intereses de mora, desde el 10 de marzo del 2011 y hasta que se verifique el pago de dicho retroactivo; declarando parcialmente probada la excepción de prescripción de todas y cada una de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 23 de septiembre del 2013, fecha de presentación de la demanda, pues, la primera reclamación se elevó el 10 de noviembre del 2010, la cual interrumpió el término de prescriptivo, por una sola vez, hasta la expedición de la Resolución 01913 del 29 de mayo de 2012, que desató el recurso de apelación presentado por la actora, contra la primera resolución que le negó el derecho pensional, esto es, la 106860 del 27 de abril de 2011, por lo que, a partir de este momento, la demandante, contaba con 3 años para interponer la demanda, sin embargo, está se presentó fuera de dicho término, el 23 de septiembre de 2016, de aquí que, se produjo la prescripción de los derechos causados 3 años atrás de su presentación, el 23 de septiembre de 2013. Condenó a COLPENSIONES, al pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

La parte demandante, solicita que el reconocimiento del retroactivo pensional no se limite hasta el 31 de octubre del 2018, fecha en que se profirió la sentencia, pues, las diferencias se continúan causando hasta que COLPENSIONES, haga pago de la nueva mesada pensional reconocida por el Juez de Primera Instancia; en cuanto a la excepción de prescripción, considera que, contrario a lo analizado por el a-quo, no ocurrió este fenómeno, pues, el derecho sólo se hizo exigible cuando COLPENSIONES, resolvió el recurso de apelación contra la resolución 106860 del 27 de abril de 2011, que le negó el derecho pensional, a través de la resolución 01913 del 29 de mayo de 2012, es decir, que a partir de allí comenzó a correr el término prescriptivo, el cual interrumpió con la reclamación del 13 de noviembre de 2013, presentando en término la demanda, de ahí que, le asista el derecho al pago de las mesadas pensionales desde el 25 de octubre de 2010; respecto a los intereses de mora, pide que los mismos también sean ordenados, por el no pago oportuno de las mesadas pensionales ya reconocidas por COLPENSIONES, debido a que, la actora reclamó desde el 10 de noviembre de 2010, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin embargo, este derecho sólo le fue concedido 6 años después, con la resolución GNR 318096 del 28 de octubre de 2016, entonces no debe

ordenarse solo el pago de los intereses de Mora sobre el retroactivo pensional sino también sobre dichas mesas ya causadas y canceladas.

Por su parte, COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia apelada y absolverla de las condenas impuestas, ya que, la parte actora, no se logró demostrar ineficacia o vicio alguno en el traslado de régimen efectuado en el año 1994; considera que, el régimen de transición no le es aplicable a la actora, quien perdió este derecho por su traslado al RAIS; además, que no procede la condena por intereses moratorios, teniendo en cuenta que la pensión reconocida a la demandante, lo fue en los términos del Acuerdo 049 de 1990, y los intereses ordenados, son propios de las pensiones reconocidas a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, solicita confirmar la sentencia apelada, en lo que tiene que ver con la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS y sus respectivas consecuencias, reiterando que se debe modificar el pago del retroactivo pensional la prescripción de las mesadas y los intereses moratorios dan bien sobre las mesas que se ordenaron pagar mediante la resolución GNR 318096 de 2016. Por su parte, COLPENSIONES, insiste en que no se cumplieron los requisitos para declarar la nulidad del traslado de la actora al RAIS, e indica que, de mantenerse las condenas impuestas, es necesario condicionar su cumplimiento a la devolución de la totalidad de las sumas este dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, para garantizar así los recursos necesarios en aras de proceder el reconocimiento pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación, la Sala deberá determinar: (i) si fue acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.; (ii) si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición; (iii) si el retroactivo pensional ordenado a favor de la actora, debió limitarse hasta el 31 de octubre de 2018 o hasta el pago efectivo del mismo; (iv) si procede el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y si estos se deben ordenar también por las mesadas pensionales ya canceladas a la demandante, producto del reconocimiento por COLPENSIONES, de la pensión de vejez, a través de la resolución 318096 del 28 octubre 2016; y,

(v) si las mesadas pensionales se encuentran afectados o no por el fenómeno de la prescripción.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación, por ejemplo, a radicada con el No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones, al momento de la afiliación, consistente en el deber de

proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales, en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado 46292, se puntualizó:

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues

debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de la decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que la Administradora de pensiones, se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente, cuenta con las bases de datos y con la tecnología suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio allegado al plenario se observa que a folios 30 y 254 obra copia del formulario de afiliación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES, y hoy AFP PORVENIR S.A., diligenciado con fecha del 18 de abril de 1994, con el que se acredita el traslado de la demandante, al RAIS, hecho ratificado adicionalmente con la consulta de ASOFONDOS al SIAF (fls. 255-257); así como, del fallo de tutela de fecha 9 de febrero de 2009, proferido por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, que ordenó el retorno de la demandante, al entonces Instituto de Seguros Sociales, (fls. 42-47 y 265-268) y del interrogatorio de parte absuelto por la actora, donde refiere que se trasladó al fondo privado de pensiones, porque la persona que la asesoró en esa época, le informó que el ISS sí acabar, que lo más conveniente era trasladarse antes de perder su aportes pensionales, que recibiría más rendimientos, y por lo tanto, su pensiones sería superior a la que el ISS le pagará, sin que se le diera mayor información respecto al traslado, ni las desventajas de uno y otro régimen; refiere que para el año 2009, cuando se encontraba trabajando en Davivienda, por encontrarse próxima a cumplir la edad para pensionarse, recibió un curso, donde una abogada del banco, le hizo una proyección y le explicó su mesada pensional, sería mucho mejor en el RPMPD, que en el RAIS; que, sólo hasta ese momento, se dio cuenta que no había tenido una correcta asesoría y se sintió engañada.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando desde entonces, las Administradoras de Pensiones estaban obligadas a brindar una completa asesoría a los posibles afiliados de las diferencias entre ambos regímenes pensionales; tampoco cumplió la demandada AFP PORVENIR S.A., dentro del proceso con dicha obligación, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría

nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES hoy PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a dicha Administradora, el 18 de abril de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, debiéndose por tanto confirmar la decisión de Primera Instancia, que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación y menos aún el hecho de no haber ejercido el derecho de retracto, en la medida que este último requería de una información completa y veraz de la que el afiliado era plenamente consciente para así permitirle optar por la mejor decisión.

DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN

Al respecto, se tiene plenamente acreditado con la copia de la cedula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento obrantes a folios 28 y 29 del expediente, que la señora LUZ ELENA VARGAS ARBELAEZ, nació el 25 de abril de 1955, por lo que, para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, cumpliendo por tanto con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser considerada beneficiaria del régimen de transición al satisfacer el requisito de la edad.

En efecto, el Régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permitía acceder a la pensión de vejez en los términos de la legislación anterior, para aquellos afiliados quienes a la entrada en vigencia de dicha normatividad acreditaran tener en el caso de las mujeres 35 años de edad; o quienes tuvieran 15 años o más de servicios, y, siempre y cuando no se trasladaran al RAIS, es así como establece el citado artículo:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen”. (Subraya la Sala).

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-789 de 2002 determinó que podían retornar al régimen de prima media con prestación definida, y conservar este régimen, quienes acreditaran tener 15 años o más de servicios o su equivalente en cotizaciones al 1 de abril de 1994.

Adicionalmente, el acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, cuyo párrafo transitorio 4º, señaló que:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

Bajo este entendido, con el fin de verificar si la demandante, conservó el régimen de transición, pese a su traslado al RAIS, como ya se indicó, al 1 de abril de 1994, ésta tenía más de 35 años de edad y de acuerdo al reporte de semanas cotizadas, obrante en el expediente se pudo establecer, que ésta comenzó su vida laboral el 9 de julio de 1979, por lo que, también contaba con más de 15 años de servicio, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; adicionalmente, al 25 de julio de 2005, tenía con más de 750 semanas cotizadas, cumpliendo así con los requisitos para mantener el beneficio de la transición, al retornar al régimen de prima media con prestación definida, resultando acertada la decisión del a-quo, en este sentido.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Solicita la demandante, en su recurso, que se modifique la decisión del Juez de Primera Instancia, en cuanto limitó el pago del retroactivo pensional,

hasta el 31 de octubre de 2018, desconociendo que las diferencias entre a pensión reconocida en la resolución 318096 del 28 de octubre de 2016 y la ordenada por el Juzgado, se siguen causando hasta que COLPENSIONES, haga pago de la misma, en los términos de la sentencia.

Al respecto, revisada la decisión del Juez de Primer Grado, advierte la Sala, que se le asiste razón a la recurrente, en cuanto el a-quo, omitió referirse al pago de las diferencias causadas a favor de la demandante, con posterioridad a la sentencia, limitando su pago al 31 de octubre de 2018, fecha hasta la cual se liquidó el retroactivo pensional, según cuadro anexo, visible de folios 338 a 345, sin pronunciarse respecto a las causadas con posterioridad a dicha decisión.

Así las cosas, habrá de adicionarse el numeral cuarto de la sentencia apelada, condenando a COLPENSIONES, al pago de las diferencias que se causen con posterioridad al 31 de octubre de 2018 y, hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la obligación.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Sostiene la parte actora, que, además de los intereses moratorios ordenados sobre el retroactivo pensional, éstos también se deben ordenar sobre las mesadas ya canceladas, ante el reconocimiento tardío de la pensión de vejez, ya que, el derecho fue solicitado mediante reclamación del 10 de noviembre de 2010 y sólo fue reconocido el 28 de octubre de 2016 con la resolución 318096 de la misma fecha.

Por su parte, la demandada, pide que se revoque esta condena, comoquiera que la pensión de vejez, reconocida a la actora, lo fue en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1993, a la cual no se aplica el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, sea lo primer aclarar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de junio de 2020, radicación 75127, modificó su criterio, respecto al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición, señalando que:

“...el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual «los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral», dado que,

una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias específicas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones. (...) En otras palabras, las pensiones obtenidas después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, sea en virtud del régimen de transición o según las reglas de la pensión ordinaria de vejez, se entienden incluidas en este sistema, con todo lo que ello implica en materia de convalidación de tiempos, instrumentos de financiación (cálculos actuariales, los bonos pensionales o las cuotas partes pensionales), topes pensionales, reajustes, ingreso base de liquidación, causación de intereses moratorios, entre otras materias.

Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales «de que trata esta Ley (sic)», entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de «esta Ley (sic)» prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con deficiencia física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de «esta Ley (sic)»...

Con lo anterior, la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones...».

Los anteriores argumentos, resultan suficientes para desestimar el recurso de apelación, presentado por COLPENSIONES, en este sentido.

Ahora, respecto a los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales ya reconocidas a la demandante, considera la Sala, que dicha pretensión habrá de negarse, ya que, de acceder a ello, se estaría imponiendo una doble sanción por el mismo concepto, teniendo en cuenta que, en la sentencia de Primar Instancia, estos ya fueron ordenados sobre el retroactivo pensional, que representa el valor correcto de las mesadas pensionales a favor de la actora, desde el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Asegura la parte actora, que la interrupción del término de prescripción sólo se produjo con la reclamación presentada por ella, el 13 de noviembre de 2013, una vez sea agotaron los recursos de la vía gubernativa, a través de la resolución 01913 del 29 de mayo de 2012, mediante la cual, el entonces Seguro Social, resolvió el recurso de apelación contra la resolución 106860 del 27 de abril de 2011, y confirmó la decisión de negarle la pensión de vejez.

Al respecto, considera la Sala, pertinente traer al caso, la sentencia del 7 de febrero de 2012 radicación 37251, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual:

“El artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con la modificación introducida por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, señala como requisito de procedibilidad para las acciones contenciosas contra La Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, la previa reclamación administrativa consistente en el simple reclamo escrito del pretendiente sobre el derecho, la cual se entiende agotada cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta. Como se observa, para que se entienda la eficacia de la reclamación, la ley procesal laboral ha dispuesto dos momentos claramente diferenciables, el primero, cuando se haya decidido, es decir cuando la Administración responde la reclamación, evento que supone, si el pronunciamiento contempla la posibilidad de impugnarlo a través de los recursos de la llamada vía gubernativa, que esa decisión quede en suspenso hasta cuando tales recursos sean decididos definitivamente, instante desde el cual puede afirmarse que se ha agotado la reclamación. El segundo, que se materializa cuando transcurrido un mes desde la presentación, la reclamación no ha sido resuelta. Naturalmente, como dicha figura tiene como actor a quien pretenda el derecho, debe ser el mismo quien tenga la opción de escoger uno de los dos eventos reseñados, es decir, que puede esperar a que la Administración se pronuncie, recurrir esa decisión cuando ello sea posible y esperar que los recursos sean resueltos definitivamente, o bien esperar que transcurra el mes.

Ahora, en los términos del inciso 2° del precepto instrumental reseñado, mientras esté pendiente la reclamación administrativa, el término de prescripción de la acción queda suspendido. Por tanto, si el interesado, en caso de pronunciamiento, opta por recurrirlo, no puede afirmarse que la prescripción, como uno de los modos de extinguir las obligaciones, ha seguido su curso normal, pues de acuerdo con el mandato legal, el efecto no es otro que el de su suspensión, ya que mientras estén pendientes de resolverse los medios impugnativos, no puede decirse que la reclamación administrativa está agotada. Y no puede verse afectado el interesado en esta hipótesis, por la demora o tardanza de la Administración para resolver las inconformidades interpuestas, pues obviamente no puede responder por la culpa de la entidad pública, quien debe obrar diligentemente y dentro de los términos de ley. Naturalmente, si el interesado, una vez transcorre el mes de presentada la reclamación sin que haya habido pronunciamiento, inicia la acción judicial, debe entenderse que dio por agotado su reclamo y desde ese momento cesa la suspensión del término prescriptivo, así la Administración se pronuncie con posterioridad...”

Así las cosas, en el presente caso, la demandante, presentó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el 10 de noviembre de 2010, interrumpiese el término de prescripción, que el Seguro Social, resolvió, mediante la resolución 01913 del 29 de mayo de 2012, el recurso de apelación, contra el acto administrativo que le negó el derecho; por lo que, a partir de ese momento, de acuerdo a lo establecido por el artículo 151 del CTSS, en concordancia con el 489 del CST, la actora contaba con el término de 3 años para demandar por la vía judicial el reconocimiento de su derecho pensional, esto es, hasta el 29 de mayo de 2015; sin embargo, conforme al acta de reparto, que milita en el plenario a folio 180, la presente acción se instauró el 23 de septiembre de 2016, es decir, fuera del término legal; sin que resulte aceptable el argumento de la demandante, respecto a la interrupción del término de prescripción con la reclamación presentada el 13 de noviembre de 2013, pues, conforme a las normas ya citadas, éste se interrumpe por una sola vez, de ahí que, los distintos memoriales presentados con posterioridad al 10 de noviembre de 2010, no tuvieron tal carácter, debiéndose confirmar la sentencia apelada en este sentido.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, de fecha 8 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor de la demandante LUZ ELENA VARGAS ARBELAEZ, de las diferencias que se causen con posterioridad al 31 de octubre de 2018 y, hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la obligación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva esta decisión.

TERCERO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

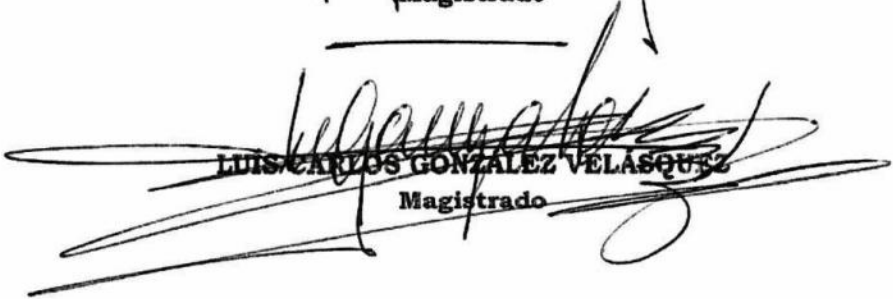
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105038201600282-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Indemnización moratoria artículo 65 CST – Aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 14 de febrero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **YOVANY PINZON ULLOA** en contra de **INTEGRA SECURITY SYSTEMS S.A.**

ANTECEDENTES

YOVANY PINZON ULLOA promovió demanda ordinaria laboral en contra de INTEGRA SECURITY SYSTEMS S.A., para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo a término indefinido, al encontrarse cobijado por el fuero circunstancial, se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, desde la terminación del vínculo laboral y hasta su reintegro efectivo, vacaciones, aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión; de forma subsidiaria, solicita el pago de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa, indexación, lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que se vinculó con la demandada, laboralmente el 2 de febrero de 2009, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que, ocupó el cargo de supervisor motorizado, devengando un salario mensual de \$1.426.350, correspondiente a \$718.350 de salario básico, \$157.000 de bonos Sodexo pass y \$551.000 por contrato de arrendamiento de moto.

Indica el demandante, que estaba afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de la Vigilancia SINTRAVIP, desde el 14 de agosto de 2015, por lo que, era beneficiario de los derechos y garantías consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo vigente; que, el 12 de noviembre de 2015, la organización sindical, le informó a su empleador, que asistiría el 13 de noviembre de 2015, en representación del Sindicato, a una audiencia de descargos del trabajador Alex Córdoba Serrano.

Refiere que, el 15 de diciembre de 2015, la demandada, le dio por terminado el contrato, argumentando como justa causa, si inasistencia a trabajar el 13 de noviembre de 2015, desconociendo lo establecido en el 115 del CST, y que el trabajador, estaba amparado por el fuero circunstancial, debido a que SINTRAVIP, se encontraba en plena etapa de negociación colectiva con la sociedad demandada; que, el 22 de enero de 2016, SINTRAVIP en representación del demandante, interpuso acción de tutela, que correspondió al Juzgado 41 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, quien mediante sentencia del 3 de febrero de 2016 ordenó el reintegro del trabajador, sin que a la fecha de presentación de la demanda, se haya dado cumplimiento a dicha orden constitucional (fls.2-11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada INTEGRA SECURITY SYSTEMS S.A., con escrito de folios 149 a 159, dio contestación a la misma; se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negando la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el vínculo laboral, el extremo inicial, el cargo desempeñado por el demandante y la acción de tutela presentada por éste en aras de obtener su reintegro, que sí aceptó; propuso las excepciones que denominó terminación del contrato por mutuo consentimiento, reintegro, cobro de lo no debido, prescripción, primacía de la realidad sobre las formas, pacta sunt servanda, y buena fe.

En su defensa argumentó que, en virtud del fallo de tutela proferido por el Juzgado 41 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, reintegró al trabajador, entendiéndose así que el vínculo laboral estuvo vigente desde el 2 de febrero de 2009 hasta el 5 de diciembre de 2016, cuando acordaron la terminación del vínculo laboral por mutuo acuerdo, suscribiendo transacción de todos los derechos inciertos y discutibles; aclaró que, para la supuesta fecha de afiliación del demandante, a SINTRAVIP, dicha organización no se había constituido; y, en todo caso, al terminación inicial del vínculo, se produjo con justa causa, por lo que no se produjo la garantía de fuero circunstancial a su favor.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de febrero de 2019, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la demandada, al pago de los aportes a pensión, a favor del demandante, de enero a noviembre de 2016, incluida la proporción correspondiente al trabajador teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad con destino a la AFP porvenir más los intereses correspondientes absolviendo de las demás pretensiones de la demanda al considerar que con el acuerdo transaccional suscrito entre las partes se zanjó cualquier discusión en relación con el supuesto fuera circunstancial del cual era beneficiario el actor; y, 100 gracias a discusión se aceptará una terminación unilateral por parte del empleador al vínculo del ahora consideró el juez de primer grado la misma se produjo con justa causa, comoquiera que, dentro del plenario quedó demostrado que el demandante el 13 de noviembre de 2015 acompañó a un compañero a una diligencia de descargos sin embargo pese a encontrarse en las instalaciones de la empresa finalizada dicho acompañamiento no se reincorporó a sus labores ausentándose de su lugar de trabajo sin justificación válida para ello.

Indicó que, ni los bonos Sodexo Pass, ni el pago por rodamiento de la motocicleta de propiedad del actor, tenían carácter salarial, resultando improcedente la reliquidación de los salarios y prestaciones. al quedar establecido el salario realmente devengado por el trabajador, era el mínimo legal mensual vigente; igualmente negó la indemnización por despido sin justa causa, solicitada como pretensión subsidiaria, teniendo en cuenta que el vínculo laboral no terminó por una decisión unilateral del empleador, sino por un acuerdo de voluntades.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

La parte demandante, solicita que se reconozca la indemnización moratoria, al quedar establecido el no pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión; sin embargo, al no haberse solicitado dicha indemnización, expresamente en la demanda como pretensión principal, ni subsidiaria, el Juez de Primera Instancia, concedió el recurso de apelación a favor del demandante, bajo el entendido de que tal reconocimiento debió hacerse a través de las facultades ultra y extra petita.

Por su parte, INTEGRA SECURITY SYSTEMS S.A., solicitó revocar la sentencia apelada y absolverla del pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, por encontrarse demostrado dentro del proceso con las planillas aportadas que hechos aportes fueron cancelados oportunamente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, insiste en que el Juez de primera instancia, en uso de las facultades ultra y extra petita, debió ordenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 de CST, acciones por parte del empleador en el pago de los aportes del sistema de Seguridad Social en Pensión a su favor. La demandada, guardó silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación, la Sala deberá determinar si procede la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pese a no ser solicitada por el demandante como pretensión en el libelo introductorio; y si se encuentra acreditado o no el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones a que fuera condenada la demandada, por los ciclos enero a noviembre de 2016.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Quedo demostrado en el proceso, y no fue objeto de inconformidad, que entre las partes existió de un vínculo laboral, mediante contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 2 de febrero de 2009 (fl 19), que finalizó por acuerdo de transacción, el 5 de diciembre de 2016 (fl. 178).

DE LOS APORTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES DE ENERO A DICIEMBRE DE 2016

Ordenó el Juez de Primera Instancia en su decisión, que la demandada, cancelará a favor del trabajador y con destino a la AFP PORVENIR S.A., los aportes pensionales correspondientes a los ciclos de enero a noviembre 2016, incluyendo la proporción del trabajador, junto con los intereses de mora correspondientes, con base en un salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad; decisión que no comparte la demandada, quien asegura en su recurso, que el a-quo, no valoró adecuadamente las pruebas documentales allegadas al proceso, con las que se acredita el pago de dichos aportes.

Al respecto, revisadas las planillas de aportes en línea, que militante de folios 180 a 199, aportadas por la parte demandada, para el año 2016, se encuentra acreditado el pago a SALUD TOTAL EPD, correspondiente al mes

de enero y el pago de salud, pensión, ARL y parafiscales del mes de diciembre del mismo año; sin que, como efectivamente lo indicó el Juez de Primera Instancia, se encuentra probado el pago correspondiente a los meses de enero a noviembre del 2016. Circunstancia que igualmente se puede corroborar, con la historia laboral del demandante, emitida por la AFP PROTECCIÓN, aportes para pensión van hasta el mes de diciembre de 2015.

En ese orden de ideas, al no cumplir la demandada, con la carga de demostrar el pago de dichos aportes, se confirmará la decisión de Primera Instancia, en este sentido.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65 CST Y LAS FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA

Solicitó el demandante, en su recurso que, se condene a la demandada, al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por el incumplimiento en el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones; petición que, si bien no fue objeto de demanda, considera debió ser reconocida por el Juez de Primer Grado, en uso de sus facultades ultra y extra petita.

Al examinar el expediente encuentra la Sala, que, efectivamente, dentro de las pretensiones de la demanda no se encuentra la indemnización moratoria del artículo 65 del CST. Si bien dentro del capítulo de fundamentos de derecho (fl.7), no se concretó una solicitud al respecto, ni en el curso del proceso se discutió este hecho. Recordemos que jurisprudencialmente ha quedado establecido que esta indemnización, no opera automáticamente, sino que es necesario determinar la buena o mala fe con la que actuó el empleador al relevarse del pago de sus obligaciones laborales, circunstancias que sólo se pueden determinar, previo debate probatorio, circunstancia que no se dio en el presente caso, por lo que mal podría el a-quo, sorprender a la demandada, con una condena sobre un punto que no fue objeto del litigio.

Ahora bien, el artículo 50 del CPTSS, dispone que el Juez de Primera Instancia, podrá ordenar el pago de los salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados. En este caso, si bien existe prueba del no pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, lo que demuestra un incumplimiento del empleador, en su obligaciones, el mismo no fue discutido dentro del proceso, en aras de establecer las razones de su omisión, y, por lo tanto, la condena extra petita es improcedente.

En los anteriores términos, quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

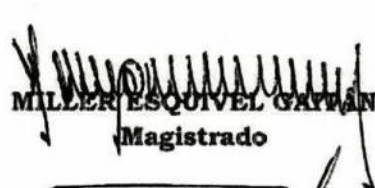
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 14 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por YOVANY PINZON ULLOA contra INTEGRA SECURITY SYSTEMS S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva esta decisión.

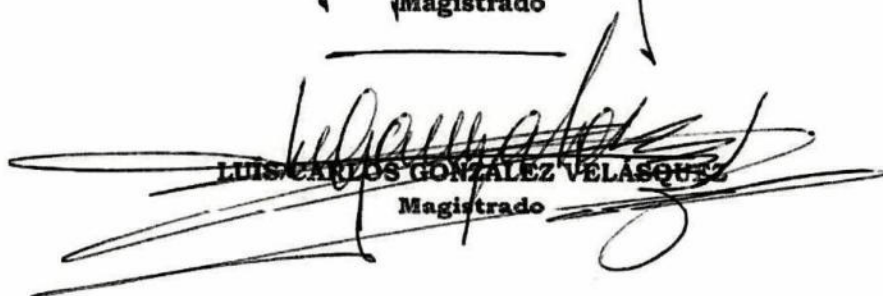
SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009201600006-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Prestaciones Convencionales – nivelación salarial- Indemnización por despido sin justa causa – indemnización moratoria.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 26 de julio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LADY MARCELA GONZALEZ ROCHA** en contra del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** representado por **FIDUAGRARIA S.A.** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

ANTECEDENTES

LADY MARCELA GONZALEZ ROCHA promovió demanda ordinaria laboral en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo, se condene al demandado, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, prestaciones sociales, vacaciones legales y extralegales, prima de servicios extralegal, auxilio de alimentación y de transporte, diferencias e incrementos salariales, devolución de los valores cancelados por concepto de aportes a pensión y salud, sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales y por el no pago oportuno de las cesantías, así como por las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que la demandante, prestó sus servicios para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, entre el 19 de diciembre de 2007 y el 30 de junio de 2012, cumpliendo funciones propias del cargo de auxiliar de servicios

administrativos, en el Departamento de Pensiones, Seccional Cundinamarca y en el Nivel nacional, mediante la modalidad de sendos contratos de prestación de servicios personales; sin embargo, recibía órdenes de los interventores de los contratos, quienes eran sus jefes inmediatos, debía cumplir un horario, realizar sus funciones en las instalaciones del ISS, acatar el reglamento de la entidad, trabajar en las instalaciones del ISS, con los elementos proporcionados por el Instituto, siendo convocado para capacitaciones y conferencias; cumpliendo funciones en idénticas condiciones a los trabajadores de la planta física, a quienes sí se les reconocían todas las prestaciones legales y extralegales estipuladas en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 31 de diciembre del 2001 entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, la cual se mantuvo vigente hasta la fecha de liquidación final del ISS, el 31 de marzo de 2015.

Relaciona todos los salarios devengados durante prestación del servicio, los cuales indica nunca le fueron incrementados en la misma proporción de los trabajadores oficiales; que, nunca se le reconocieron vacaciones, prima de navidad, incremento por servicios, cesantías ni intereses a la cesantías, aportes a la Seguridad Social, primas extralegales de vacaciones, auxilio transporte y alimentación, beneficios previstos en la Convención Colectiva de Trabajo; que, el 30 de junio de 2012 la demandada, dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral; que, el 4 de enero de 2013 solicitó el reconocimiento de sus derechos laborales y convencionales, a lo que se negó la demandada, mediante acto administrativo 0212 del 18 de febrero de 2013 y contra el cual interpuso los recursos de ley (fls.235-245).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificados los demandados, dieron contestación a la demandada, en los siguientes términos:

El PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN administrado por FIDUAGRARIA S.A., con escrito de folios 252 a 263, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que no le constaba ninguno de los hechos, por tratarse los mismos de una entidad extinta; propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y la obligación, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe del ISS y del PAR ISS, inexistencia de la Convención Colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada y la innominada.

En su defensa argumentó que, entre las partes siempre existió una vinculación mediante contratos de prestación de servicios, dentro de los cuales no se configuran los elementos de un contrato laboral, pues, la demandante, pues, ésta conservó su autonomía, no estaba sometida a

subordinación, por ende, no tenía la calidad de trabajadora oficial; tampoco acreditó ser beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que no puede ser acreedora de los beneficios allí establecidos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de julio de 2018, el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la existencia de una relación laboral entre las partes del 19 de diciembre de 2007 al 30 de junio de 2012, condenando a la demandada al pago de cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y la devolución de los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud y pensiones, en la proporción correspondiente al empleador y conforme a los salarios devengados por la demandante, en cada anualidad; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de los derechos reclamados, anteriores al 1 de julio de 2009; absolviendo a la demandada, de la nivelación salarial deprecada, comoquiera que, la actora no logró acreditar que las funciones desempeñadas por ella, el horario y condiciones del cargo, correspondieran a las misma de un auxiliar de servicios administrativos grado 14.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, señaló que el mismo no se demostró, razón por la cual consideró que la terminación del contrato se produjo por el vencimiento del término pactado, además, que, de acuerdo a la prueba testimonial, la actora, no continuó laborando para el ISS, porque había conseguido otro empleo. Respecto a los derechos de carácter convencional, indicó que, al haber adquirido la condición de trabajadora oficial, sólo con la sentencia, la actora, no era beneficiaria de los mismos, pues, ésta no se aplica de manera retroactiva, y en todo caso, tampoco acreditó ser afiliada al Sindicato, ni haberse acogido expresamente a sus beneficios.

Finalmente, en relación con la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales y las cesantías, señaló que el ISS había actuado de buena fe, ante el convencimiento que, por la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, no estaba en la obligación de reconocer a la trabajadora derechos de carácter laboral. Condenó en costas de primera instancia a la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, las apoderadas de las partes presentaron recurso de apelación en los siguientes temas

La parte demandante, solicita que se revoque la decisión de Primera Instancia, en cuanto absolvió a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues, la terminación del plazo no es una forma válida de terminación del contrato de los trabajadores oficiales; frente a la sanción moratoria, indica que, la a-quo se equivocó al señalar que el ISS

actuó de buena fe, cuando quedó plenamente demostrado que éste firmó con la trabajadora, sendos contratos de prestación de servicios, con el único objetivo de exonerarse del pago de las prestaciones y acreencias laborales, abusando de este tipo de contratación.

Pide que se reconozca a su favor la nivelación salarial, por ser un derecho de todos los trabajadores, al igual que el reconocimiento y pago de los beneficios convencionales reclamados, pues, la Convención Colectiva, cobijó a todos los trabajadores del ISS, mientras este existió.

Por su parte, el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL PAR ISS administrado por la FIDUPREVISORA S.A., solicitó revocar la sentencia de primera instancia en totalidad y absolverla todas y cada una de las pretensiones, reiterando en que no existió un vínculo laboral con la demandante, pues, ésta conservó la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones; además, al momento de suscribir cada contrato, fue conocedora de las condiciones de estos y las aceptó siempre sin manifestar ninguna inconformidad al respecto. Pide que se revise el valor sobre el cual debe hacerse la devolución de los aportes a salud, ya que, la actora como contratista, cotizaba de una forma diferente. Adicionalmente, solicita que se tenga en cuenta la buena fe con que actuó el ISS, durante la relación contractual con la demandante, quien siempre se allanó a la modalidad de los contratos suscritos y recibió el pago de sus honorarios de manera puntual.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, las partes guardaron silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación, la Sala deberá determinar (i) si entre la demandante y el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, existió el elemento de la subordinación y con él una verdadera vinculación laboral, y (ii) analizar lo pertinente a las condenas impuestas, si hay lugar a su modificación de conformidad con lo apelado o si por el contrario la decisión de primera instancia se encuentra ajusta a derecho.

DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

No existe discusión en que la prestación de los servicios personales la demandante al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, lo fue, en virtud de sendos contratos de prestación de servicios.

En desarrollo de los anotados contratos realizó actividades en el Departamento de Pensiones – Seccional Cundinamarca y nivel nacional, recibiendo por su último contrato unos honorarios pagaderos por mensualidad vencida en la suma de \$987.061, contrato que finalizó el 30 de junio de 2012; circunstancias de las que dieron cuenta, entre otros medios probatorios, la certificación No. 14355 expedida por el ISS EN LIQUIDACIÓN de fecha 13 de enero de 2012 (fl. 48); copia de los distintos contratos de prestación de servicios personales (fls. 49-69); interrogatorio de parte de la demandante (fl. 327) y las declaraciones rendidas en el proceso por JORGE ORLANDO CORTES POVEDA y MARISOL QUINTERO MOLINA. Pruebas que al no haber sido tachadas ni refutadas de falso dan fe de lo allí expresado.

En tal orden, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió los contratos de prestación de servicios así:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.”

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”

Se infiere de la citada norma que, en el contrato administrativo de prestación de servicios, la actividad humana que la persona natural se obliga a ejecutar en favor del ente público no puede realizarse “bajo la continuada dependencia o subordinación” de este último. Por manera que, la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo.

Ahora bien, sabido es, que el contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos casos en los que la actividad de la administración no puede ser ejecutada por personas vinculadas a ella o, cuando se necesitan conocimientos especializados, por tal motivo se abordará la resolución del problema jurídico de la siguiente manera:

DEL CONTRATO REALIDAD

Pretende la señora LADY MARCELA GONZALEZ ROCHA, se declare que su relación jurídica con el I.S.S. estuvo regida por un contrato de trabajo vigente entre el 19 de diciembre de 2007 y el 30 de junio de 2012.

A fin de definir la cuestión, forzoso resulta remitirnos a las normas que regulan los contratos de trabajo y los elementos del mismo, como son el artículo 1° de la ley 6 de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 de 1945, que disponen:

Ley 6 de 1945:

“ARTICULO 1° Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que estas se sujeten a horario, reglamentos o control especial de del patrono...”

Decreto 2127 de 1945:

“Artículo 1°. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo, y bajo su continua dependencia, y éste último a pagar a aquel, cierta remuneración.

Artículo 2°. En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por si mismo; La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento; darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y El salario como retribución del servicio.

Artículo 3°. Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le de; ni de las condiciones peculiares el patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera.”

ARTICULO 20. El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción...” (Negrilla fuera de texto).

Desde la anterior óptica, es fácil colegir que los trabajadores oficiales también se encuentran amparados por el principio del contrato realidad, lo que conduce a la necesidad de verificar si en la vinculación de prestación de servicios del actor se presentaron los elementos del contrato de trabajo, para así determinar si se trata de una relación laboral o de una independiente, máxime cuando en su favor opera la presunción legal de que lo fue mediante contrato de trabajo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, Sala Plena en Sentencia C-154 de marzo de 1997 dijo:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada (num. 3 parcial del art. 32 ley 80/ 93), no puede tener frente a la administración

sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos de contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo (...).

Igualmente indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en recientes en reciente sentencia SL3142 del 9 de junio del 2021 que:

“...en los eventos en que se pretende la declaratoria de existencia del contrato de trabajo y el demandado fundamenta su defensa en otra clase de vínculo contractual como el de prestación de servicios, estos acuerdos formales por sí mismos no son indicativos de una relación autónoma o independiente, en virtud del principio de la primacía de la realidad que rige en materia laboral. De modo que en este tipo de controversias es necesario desvirtuar la conclusión del Juez Plural respecto a la presunción legal de subordinación que operó en favor del actor en virtud de lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y acreditar que en la realidad el vínculo que unió a las partes se desarrolló de manera autónoma o independiente...”

Al respecto, se tiene que en el presente asunto absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien manifestó que prestó sus servicios personales a través de contratos de prestación de servicios, inicialmente tuvo a su cargo la recepción, radicación y redireccionamiento de las acciones de tutela, en la seccional Cundinamarca y posteriormente fue trasladada al nivel nacional, que, debía allegar el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social, para recibir el pago de sus honorarios; tuvo varios interventores de los distintos contratos y siempre recibió órdenes e indicaciones de ellos, no podía realizar sus funciones fuera de las instalaciones del Instituto, tuvo llamados de atención por el cumplimiento de horario; que, para el año 2012, le dijeron que no iba a haber más contratación, por lo que buscó otro trabajo.

Afirmaciones que corroboraron los testigos JORGE ORLANDO CORTES POVEDA y MARISOL QUINTERO MOLINA compañeros de trabajo de la demandante, quienes coincidieron en afirmar que laboró para el ISS desde

el año 2007 y hasta el mes de junio de 2012, por prestación de servicios, desempeñando funciones de radicación, escaneo y reparto de tutelas para los abogados; que, aproximadamente, para el año 2009, la actora fue trasladada de Edificio, para cumplir con las mismas funciones a nivel nacional; que, cumplían un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., de lo hacerlo recibían llamados de atención; las funciones podía delegarlas en un compañero de área, pero nunca en un tercero ajeno a la entidad, en caso de un permiso o incapacidad, debía justificarlo, no podía hacer su trabajo en un sitio diferente, porque los aplicativos que usaban eran del ISS, no tenía vacaciones y para recibir una semana de descanso a fin de año, debían reponer una hora diaria; todos los elementos de trabajo de la actora, eran de propiedad del ISS; ella recibía órdenes de los jefes interventores; refieren que, durante un tiempo una compañera de planta, de nombre Yaneth, desarrolló las actividades de la actora, pero desconocen cuál era su salario; que, ante la inminente liquidación del Instituto, todos los contratistas comenzaron a buscar trabajo, y, la demandante, salió porque consiguió una oportunidad de trabajo mejor.

Aunado a lo anterior, fueron aportadas documentales contentivos de memorandos y circulares, certificaciones laborales, programación de turnos, obrantes de folios 85 a 90 donde se verifican las instrucciones impartidas por el ISS, respecto del cumplimiento de horario, turnos de navidad y año nuevo, que en suma denotan la ausencia de autonomía en el ejercicio de la labor realizada por la demandante.

De otro lado, los objetos de los contratos de prestación de servicios, a más de precisar el tiempo durante el cual la demandante, prestó sus servicios bajo tal denominación, dan cuenta de las labores ejecutadas por ella en el Departamento de Pensiones Seccional Cundinamarca y a partir del 1 de abril de 2011, a nivel nacional (fls. 49-69).

Lo anterior, permite a la Sala concluir, que la demandante, estuvo sujeta en la prestación de su servicio como contratista, al cumplimiento de horario y de órdenes, éstas últimas que en momento alguno pueden confundirse con meras instrucciones, por la sencilla razón de que la independencia inherente a los contratos de prestación de servicios cede ante la habitualidad y las funciones propias por el desempeñadas.

Adicionalmente, la contratación de la demandante, no tuvo por objeto cubrir necesidades temporales del Seguro, ya que aun cuando los contratos de prestación de servicios citados fueron celebrados a plazo determinado, lo cierto es, que su labor fue habitual sin que se haya presentado interrupción entre uno y otro, y en todo caso también era ejecutada por personal perteneciente a la planta de personal de la entidad, lo cual descarta la necesidad de la contratación temporal.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar que, en desarrollo de dichos contratos, se

presentó el elemento subordinación como se expresó en precedencia, el que aunado a la prestación personal del servicio y a la remuneración por el mismo, hacen que en realidad se pueda tener a la señora LADY MARCELA GONZALEZ ROCHA como trabajadora dependiente del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

En consideración a que, con la declaración de la existencia del contrato de trabajo entre las partes, se condenó al demandado, al pago de acreencias laborales legales y extralegales, a los que consideró la Juez de Primera Instancia, tenía derecho la demandante, como trabajadora oficial, en esta instancia se revisarán las mismas, en virtud del recurso de apelación presentado por la parte accionada y en el grado jurisdiccional de consulta.

DE LA NIVELACIÓN E INCREMENTO SALARIAL

Solicita la demandante, el reajuste del salario, teniendo en cuenta lo devengando por un auxiliar de servicios administrativos, grado 14, vinculado al ISS, como trabajador de planta, quien cumplía las mismas funciones que ella desempeñaba; a lo que se opuso la Juez de Primera Instancia, señalando que, no existía prueba de las funciones desempeñadas en dicho cargo, ni que las desempeñadas por la demandante, correspondieran a la misma escala salarial, en un horario igual y con las mismas condiciones de estudios, experiencia y conocimientos.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 6 de 1945, para que un trabajador oficial pretenda devengar el salario que otro esté devengando, es necesario que demuestre que dependían de una misma empresa, en una misma región económica, que tenían trabajos equivalentes, la misma capacidad profesional o técnica, la misma antigüedad, experiencia y rendimiento.

En el presente caso, milita en el plenario, certificación de actividades y metas, que durante la ejecución de los diversos contratos desarrolló la demandante, sin que en ella se indique cargo, ni categoría (fl. 45); también, se aportó comunicación del 31 de julio de 2013, dirigida a otra trabajadora, Stefany Julieth Cárdenas Villalobos, donde se le informa la tabla salarial asignada para el cargo de auxiliar de Servicios Administrativos, grado 14, Nivel A, entre los años 2010 a 2013 (fl. 46); certificación de la tabla salarial para el cargo de auxiliar grado 12, 8 horas, entre 2007 y 2012 (fl 323); así como, las resoluciones 2800 de 1994 y 1798 de 1995, que establecen el Manual de Funciones y Requisitos para los empleados del Instituto de Seguros Social (fls. 175-219)

Por su parte, el testigo JORGE ORLANDO CORTES POVEDA, manifestó que, una compañera de planta, de nombre Yaneth, realizó por un tiempo las funciones de la actora, pero desconoce cuál era su salario; y, la testigo

MARISOL QUINTERO MOLINA, señaló no tener conocimiento, de si algún trabajador de planta cumplía las mismas funciones de la demandante.

Así las cosas, no cumplió la parte actora, con la carga probatoria de demostrar que las funciones desempeñadas por ella, correspondían a alguno de los cargos certificados por el ISS, en la misma escala, como tampoco que tuviera la misma capacidad profesional o técnica, la misma antigüedad, experiencia y rendimiento respecto de quien ocupara un cargo equivalente, como tampoco que las labores de radicación, escaneo y reparto de acciones de tutela, se encontraran determinadas para un cargo específico de planta, de acuerdo a los Manuales aportados al plenario.

En cuanto a los incrementos salariales solicitados, no claridad en la pretensión de la actora, comoquiera que reclama *“el incremento salarial reconocido para los trabajadores del ISS para todos los años de servicio”* (fl. 237); sin embargo, de un lado se encuentran los reglamentados en el artículo 39 que requieren para su aplicación *“los salarios básicos para la escala de índices”* fijados en la Convención Colectiva, sin que se probara el valor de índice; tampoco hay claridad si se refiere a los adicionales del artículo 40 que además se extienden solo hasta el tercer año de vigencia de la Convención Colectiva y tienen fijado una temporalidad en su aplicación. Además, de acuerdo a lo señalado por la actora, en el hecho 19 de la demanda (fl.236), advierte la Sala, que su salario tuvo un monto superior al mínimo legal mensual y no se mantuvo estático.

En ese orden de ideas, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al despachar desfavorablemente estas suplicas.

DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO A LA DEMANDANTE

Consta en el expediente el acuerdo convencional suscrito entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y EL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL con el respectivo sello de depósito (fls. 96-174) con el respectivo sello de depósito, que expresamente dispone quienes se pueden beneficiar de las prerrogativas allí contenidas, como se establece en el artículo 3, en el cual se especifica que son beneficiarios los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del I.S.S. afiliados a dicha organización, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de misma.

Tal concepción, contrario a lo manifestado por la Juez de Primera Instancia, permite concluir, que, si la demandante no renunció expresamente a los beneficios convencionales pueda invocarlos en esta oportunidad; razón por la cual, considera la Sala, que resulta procedente el estudio de los derechos convencionales reclamados (fl.237), en aras de determinar, si es beneficiaria o no de los mismos.

DE LAS VACACIONES

Respecto a las vacaciones, el art. 48 de la convención colectiva de trabajo señala que:

“El Instituto reconocerá y pagará sus Trabajadores oficiales un descanso remunerado por cada año completo de labores teniendo en cuenta el tiempo de servicio así:

Quienes tengan hasta cinco (5) años de servicio se les reconocerá quince (15) días hábiles.

A quienes tengan más de cinco (5) y no más de diez (10) años de servicios, dieciocho (18) días hábiles.

A quienes tengan más de diez (10) años de servicios, veinte (20) días hábiles”.

Por consiguiente, de acuerdo con la norma convencional antes citada, teniendo en cuenta que la demandante, laboró para el ISS, por un tiempo inferior a cinco (5) años, se hace acreedora a disfrutar 15 días de vacaciones por cada año de servicio y en forma proporcional, por lo tanto, como la actora, no tuvo derecho al reconocimiento, ni disfrutó el goce de vacaciones, se condenará a la accionada, al pago de este derecho convencional, por cada una de las anualidades laboradas; no obstante, teniendo en cuenta, que en Primera Instancia, se declaró probada la excepción de prescripción, respecto de los derechos causados con anterioridad al 1 de julio de 2009; efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, corresponde a favor de la trabajadora, por este concepto, la suma de \$1.223.400,75=; razón por la cual se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia apelada, y, se adicionará el segundo, incluyendo esta condena.

DE LA PRIMA DE SERVICIOS EXTRALEGAL

En lo atinente a la prima de servicio, el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo señala que: *“En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a 15 días del mes de junio y 15 días de salario en los primeros 15 días del mes de diciembre”*, de acuerdo con lo anterior, al haberse declarado a la actora como trabajadora oficial y beneficiaria de la Convención Colectiva en mención, sin que durante la vigencia de la vínculo contractual con ISS, se le haya reconocido este derecho, le corresponde a su favor, por concepto de prima de servicios convencional desde el 1 de julio de 2009, teniendo en cuenta la fecha de prescripción, y hasta el 30 de junio de 2012, la suma de \$2.446.801,50=, debiéndose adicionar el numeral segundo de la sentencia apelada, incluyendo esta condena.

DEL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN CONVENCIONAL

Con relación al reconocimiento y pago del auxilio de alimentación, dicha prestación se encuentra reglada en el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo, que en lo pertinente reza:

“El Instituto reconocerá y pagará en todo el país a los Trabajadores Oficiales que desempeñen los cargos de Ayudantes, Auxiliares, Secretarias, Conductores, Porteros y Técnicos hasta Grado 20, beneficiarios de esta Convención para la vigencia del 1 de enero del año 2002 al 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia de la Convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior.”

En consecuencia, para hacerse merecedor la demandante, debía tener alguna de esas calidades, no obstante, en el plenario no demostró el cargo que ocupaba en la entidad, pues si bien, en el hecho 2 de la demanda, señaló que fue auxiliar de servicios administrativos, como ya se indicó, no acreditó que las funciones realizadas por ésta, correspondieran a las asignadas a dicho cargo, ni menos aún el grado o categoría correspondiente. Resultando acertada la absolución, de dicha pretensión.

DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Solicita la demandante, que se condene a la demandada, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, comoquiera que, el vencimiento del plazo pactado, no puede tomarse como una terminación válida del contrato de trabajo; además, que, no se valoraron en debida forma las pruebas que acreditaron el despido.

Son reiterados los pronunciamientos de la Jurisprudencia y la doctrina, respecto a que el trabajador, debe demostrar el hecho del despido mientras que a la demandada, le corresponde demostrar los hechos constitutivos de justa causa del mismo.

Al respecto se advierte que, en el presente caso, si bien la parte actora, alega que el 30 de junio de 2012, el ISS terminó por decisión unilateral, la relación laboral, fecha que coincide con la de terminación del último contrato celebrado entre las partes (fl.48); lo cierto es que, esta circunstancia no se encuentra probada en el plenario, pues, no se aportó prueba alguna de la cual se puede determinar que fue decisión del ISS, finiquitar la relación contractual que losató, en esa fecha; por contrario, de acuerdo al interrogatorio de parte absuelto por la actora, y las declaraciones de JORGE ORLANDO CORTES POVEDA y MARISOL QUINTERO MOLINA, es claro, como lo concluyó la Juez de Primera Instancia, que fue la demandante, quien, ante el posible cierre del ISS, decidió no continuar al servicio del Instituto, porque consiguió una oportunidad laboral mejor. De ahí que, al no acreditarse el despido alegado, no procede dicha pretensión.

REEMBOLSO DEL VALOR PAGADO POR EL DEMANDANTE DE SU PATRIMONIO POR APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Solicita la demandada, que se revoque la condena impuesta, por devolución de los aportes al Sistema de Seguridad Social, efectuados por la actora, ya que, como contratista, estaba en la obligación de cotizar de una manera distinta a la de los trabajadores dependientes.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Consejo de Estado, en reciente sentencia de unificación 1317-2016, del 9 de septiembre de 2021, señaló que:

“235. La tesis de la Sala será la siguiente: aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.

236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley 138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal».

237. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.

238. En definitiva, no resulta procedente reconocer la totalidad del derecho deprecado, pues debe quedar al margen la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal, no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema sanitario...”

Así las cosas, independientemente de la declaración de existencia de trabajo realidad, efectivamente, como señala la parte demandada, la actora como contratista, estaba en la obligación de cubrir el pago de tales aportes; y, dada la naturaleza parafiscal, dichos recursos, éstos tienen una destinación específica, que impide su devolución, pues, no solo están destinados a cubrir las prestaciones asistenciales y económicas de quien los cancela, sino también a garantizar este servicio a la población más pobre y vulnerable del país, por lo tanto, no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los

relacionados con la Seguridad Social. En ese orden de ideas, se revocará el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la demandada, de la devolución de los aportes efectuados al Sistema de Seguridad Social.

INDEMNIZACION MORATORIA

El Decreto 797 de 1949 en el inciso 3 del artículo 1 señala un plazo de 90 días para poner a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden. Dispone la norma anterior que además del no pago de las prestaciones y salarios, esta también se causa por no cubrir las indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador, y el castigo que genera es la vigencia del contrato en los términos de la Ley. Presumiéndose según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la mala fe patronal, cuando se incumple este deber, pues, es su obligación cancelar las indemnizaciones y prestaciones que adeuda al trabajador 90 días después de la terminación del contrato, su actitud es equiparable a la del deudor moroso respecto de su trabajador.

En el plenario se extrae la mala fe de la parte accionada, en el no pago oportuno de salarios y prestaciones durante y a la terminación del vínculo que genera en su contra esta sanción, pues, no puede aparecer bajos los postulados y principios del derecho que un trabajador, laborando bajo las mismas condiciones de sus compañeros, se vea afectado por el no pago de prestaciones, apoyado en un vínculo jurídico que no representa un verdadero contrato de prestación de servicios como lo alega la parte accionada, mecanismo que utilizaba para demeritar las acreencias propias de una relación de trabajo subordinada siendo este un elemento de distracción que viola de manera flagrante los derecho mínimos y menoscaba como la dignidad y el derecho de igualdad, mal puede entonces la parte demandada, considerar que el Seguro Social se encontraba ante el inequívoco de estar bajo los parámetros regido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuando esta clase de contratos se caracterizan la independencia y autonomía técnica y administrativa del trabajador, circunstancias que no se evidencian en la labor desarrollada por la actora, quien estaba sujeta a las indicaciones de sus superiores jerárquicos, cumplía un horario, recibía llamados de atención e instrucciones que el mismo le impartiera.

Razones suficientes, condenar a la demanda al pago de un día de salario por un día de mora desde el 1 de octubre de 2012, día siguiente al vencimiento de los 90 días con que cuenta la administración para consignar la liquidación de prestaciones sociales a los trabajadores oficiales, y hasta el 31 de marzo de 2015, fecha de liquidación definitiva de la Entidad, pues, como lo advierte la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL194-2019 y SL390-2019, 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, pues, dejó de existir como sujeto de derechos y obligaciones.

Así las cosas, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, por concepto de indemnización moratoria, corresponde a favor de la demandante, la suma de \$26.687.102,40=; debiendo igualmente adicionarse el numeral segundo de la sentencia apelada para incluir esta condena.

DE LA SANCIÓN POR EL NO PAGO OPORTUNO DE CESANTÍAS

No se accederá a esta pretensión, pues, dicho incumpliendo, ya se encuentra sancionado con la indemnización moratoria antes ordenada; sin que pueda imponerse una doble sanción por el mismo concepto.

En los anteriores términos, quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la decisión proferida el 26 de julio de 2018 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por LADY MARCELA GONZALEZ ROCHA contra FIDUAGRARIA S.A. – VOCERA ADMINISTRADORA PAR ISS; para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada, de la devolución de los aportes a la Seguridad Social, efectuados por la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la decisión proferida el 26 de julio de 2018 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LADY MARCELA GONZALEZ ROCHA contra FIDUAGRARIA S.A. – VOCERA ADMINISTRADORA PAR ISS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ADICIONAR el numeral segundo de la decisión proferida el 26 de julio de 2018 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LADY MARCELA GONZALEZ ROCHA contra FIDUAGRARIA S.A. – VOCERA ADMINISTRADORA PAR ISS, y **CONDENAR** a la demandada, al pago de:

- \$1.223.400,75= por vacaciones convencionales.

- \$2.446.801,50= por prima de servicios extralegal.
- \$26.687.102,40= por indemnización moratoria

Conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva esta decisión.

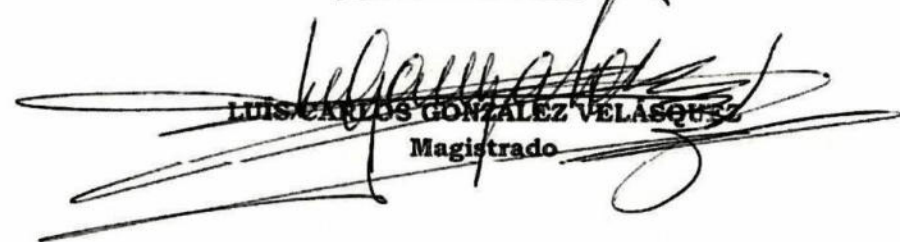
QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017201700272-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Aplicación Convención Colectiva de Trabajo - Beneficios convencionales – reliquidación prestaciones sociales – indemnización moratoria artículo 65 CST.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes demandante y demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 10 de septiembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FREDDY CELIZ PUYO** en contra de la **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**.

ANTECEDENTES

FREDDY CELIZ PUYO promovió demanda ordinaria laboral en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, para que, previa declaración de existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 14 de enero de 2008 al 7 de febrero de 2017, se condene a la demandada, al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, incluyendo las primas de servicios extralegales y de vacaciones convencional, la sanción por el no pago oportuno de la totalidad de los intereses sobre la cesantías, el pago de las primas extralegales de servicios y primas de vacaciones, la indemnización moratoria de qué trata el artículo 65 del CST, los salarios que fueron retenidos ilegalmente para el pago de intereses sobre préstamos o avances de salario y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que celebró contrato de trabajo a término fijo con la demanda el primero de febrero del 2006, desempeñando el cargo de extensionista, en el Comité Departamental de Cafeteros del Huila, recibiendo como último salario mensual la suma de \$2.702.302 y como promedio mensual durante el

último año de servicios \$3.670.626, valor que incluía el salario mensual ordinario, una doceava parte de las primas semestrales de carácter extra legal y una doceava parte de la prima de vacaciones; que, el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1974, reconocía el pago a los trabajadores beneficiarios de ésta, de una prima semestral de servicios en el mes de junio de cada anualidad, equivalente a dos salarios mensuales devengados en el mes de mayo, y, Por su parte el artículo 9 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996 estipuló una prima de vacaciones por cada año de servicios bien el porcentaje de los salarios allí señalados; sin que siendo el demandante, beneficiario de dichas Convenciones Colectivas, la demandada le haya reconocido el pago de estos conceptos, ni menos aún los incluyó como factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales.

Manifiesta que, el 30 de enero de 2017 la demandada, lo cambio de sede laboral, trasladándolo al municipio de Oporapa – Huila, Distrito San Roque, a partir del 1 de febrero de 2017; sin embargo, éste mediante comunicación del 7 de febrero del 2017, no aceptó, por considerar que esto era una desmejora en sus condiciones de trabajo y familiares, presentando renuncia a su cargo, configurándose un despido indirecto (fls.6-23).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, dio contestación a la misma, mediante escrito visible de folios 388 a 407; oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, y negando la mayoría de los hechos, salvo los extremos de la relación laboral, que sí aceptó; propuso como excepciones las que denominó existencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación, enriquecimiento sin causa del demandante y la genérica.

En su defensa argumentó que, siempre cumplió con sus obligaciones como empleador durante la vigencia del vínculo laboral y a la terminación del mismo; que, el demandante no se encuentra afiliado a la organización sindical SINTRAFEC, y por tanto, no es beneficiario del régimen convencional; dicho Sindicato, desde el mes de marzo de 1988, es una organización minoritaria, entonces sus convenciones no se pueden aplicar de manera general a todos los trabajadores de la Federación; además que, desde la firma del contrato de trabajo, las partes pactaron que cualquier remuneración de carácter extra legal o ingreso sin importar su denominación no sería constitutivo de salario ni se tendría en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, razón por la cual, los conceptos reclamados el actor, no pueden catalogarse como parte del salario.

Indica que, el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral del demandante, sin que el traslado ordenado haya constituido una es mejora en sus condiciones salariales cómo este raramente lo señala en su escrito de demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de septiembre de 2018, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia del vínculo mediante un contrato de trabajo a término fijo, del 14 de enero del 2008 al 7 de febrero del 2017; determinó que el demandante, era beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo, condenando a la demandada al pago de las primas de servicios y vacaciones convencionales; sin embargo, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de los derechos causados con anterioridad al 5 de mayo de 2014; absolviendo a la demandada de las pretensiones correspondientes a la reliquidación de prestaciones sociales, al considerar que las primas de servicios y vacaciones extralegales, por expreso acuerdo entre las partes, no eran constitutivas de factor salarial y ninguna convención colectiva u otro acuerdo entre las partes, les restó dicha condición, renunciando el trabajador a su inclusión como factor salarial.

Respecto a la indemnización por despido indirecto, señaló que, el demandante, no logró demostrar en el plenario la presunta desmejora en sus condiciones de trabajo, en virtud del traslado del que sería objeto, por decisión de la demandada; y, en relación con la indemnización moratoria, manifestó que, no existía prueba alguna de una conducta de mala fe, por parte de la demandada, que ameritara dicha condena, pues, está siempre cumplió con sus obligaciones como empleador, respecto al pago de salarios y demás emolumentos laborales, en vigencia del vínculo laboral, así como a su terminación, por lo menos en la forma que creyó correcta, sin que pueda reprochársele la interpretación que tenía frente a las prerrogativas convencionales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El demandante, solicita que se revoque parcialmente la sentencia de Primera Instancia, y se acceda a la reliquidación de las prestaciones sociales al encontrarse probado con las Convenciones Colectivas de Trabajo aportadas al plenario, que las primas extralegales reconocidas sí constituía un factor salarial, por lo que, contrario a lo manifestado por el a-quo, el trabajador, nunca renunció a que dichos beneficios fueran considerados parte de su salario; pide igualmente, que se acceda a la pretensión relacionada con el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, ya que la conducta de la demandada, no puede estar enmarcada en una actuación de buena fe, como ha quedado sentado en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, donde se advierte que desde siempre, la Federación, sea ha sustraído del cumplimiento de los acuerdos convencionales.

Por su parte, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, insiste en que el demandante, no es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo, pues, cuando la organización sindical SINTRAFEC, se convirtió en minoritaria, se produjo una derogatoria tácita de la cláusula que extendió a sus beneficios a todos sus trabajadores, razón por la que, si el actor, no se encontraba afiliado a dicho sindicato, acreditando el pago de las cuotas convencionales correspondientes, ni manifestó expresamente acogerse a las Convenciones Colectivas de Trabajo, mal puede ahora reclamar que se extiendan a su favor dichas sus prerrogativas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, solicita que se acojan los argumentos expuestos en el recurso de apelación, relacionados con la procedencia de la reliquidación de las prestaciones sociales, incluyendo como factores salariales las primas extralegales reconocidas en Primera Instancia e igualmente resalta la procedencia de la condena por indemnización moratoria, insistiendo en que no pueden considerarse como conducta de buena fe, el hecho de que la demandada, siempre le haya incumplido a sus trabajadores, en el pago de los beneficios convencionales.

La demandada, reitera que los beneficios consagrados en las Convenciones Colectivas de Trabajo, no son aplicables a trabajadores que no tengan la calidad de sindicalizados, razón por la cual la sentencia apelada debe ser revocada en su totalidad absolviéndola de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación, la Sala deberá determinar si el demandante, es beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas entre su empleador y la asociación sindical SINTRAFEC; en caso afirmativo, habrá de verificarse, si procede la reliquidación de prestaciones sociales, incluyendo las primas de servicios y vacaciones convencionales, como factor salarial; y, además, si procede la indemnización moratoria, en los términos solicitados por el demandante.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Quedó demostrado en el proceso, la vinculación laboral del demandante, al servicio de la demandada, mediante contrato de trabajo a término fijo, del

14 de febrero de 2008 al 7 de febrero de 2017; desempeñando el cargo de extensionista, devengando como último salario la suma de \$2.702.302.

DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO AL DEMANDANTE

Insiste la demandada, en que el demandante, no es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS y SINTRAFEC, pues, actualmente es un Sindicato minoritario, razón por la cual no siguen vigentes dichos beneficios, por derogatoria tácita; además, tampoco se encuentra probada su afiliación a esa organización, ni el pago de las respectivas cuotas sindicales.

Al respecto, basta señalar que el artículo 33 de la CCT de 1974 (fl. 159) consagró que: *“La presente Convención Colectiva de Trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A. “ALMACAFE”, en las condiciones y términos aquí indicados”*; razón por la cual, el demandante, sí es beneficiario de los derechos y garantías allí consagrados, comoquiera que, no se hace distinción alguna entre los trabajadores sindicalizados o no; es más, es más, en el artículo 11 de la CCT de 1998 (fls 94-104), ratifica que: *“Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas, sustituidas o acordadas por la presente Convención Colectiva de Trabajo.”*; de ahí que ninguna de las convenciones o laudos arbitrales que se suscribieron entre el sindicato y la demandada, haya sido derogada, modificada o sustituida, sino por el contrario reafirman su vigencia y que no hay prueba alguna de su denuncia en los términos del artículo 478 del CST.

Tampoco resulta admisible el argumento de la demandada, respecto a que las Convenciones Colectivas de Trabajo, perdieron vigencia, por la transformación de SINTRAFEC, en una organización minoritaria, ya que, al suscribirlas, ni el Sindicato, ni la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, estipularon nada se dijo al respecto, razón por la cual, independientemente de la calidad de mayoritario o minoritario, esto, en nada afectaba los beneficios que dichas convenciones extendieron a todos los trabajadores de la demandada; así lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 38463 del 25 de septiembre de 2012, al señalar que:

“Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprenderse razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza

y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado.

Incluso, considera la Sala importante destacar que la intención de los contratantes de extender la convención a todos los trabajadores, sin que el pago de la cuota al sindicato fuera condición para ello, se reafirma con unas estipulaciones incluidas en algunas convenciones, por ejemplo la de los años 1982 a 1984 en cuyo artículo 24 se consignó: “Los trabajadores no sindicalizados que así (sic) mismo se benefician de la presente Convención Colectiva y futuros actos jurídicos que pongan fin a los conflictos colectivos, respectivos, (sic) pagarán a Sintrafec una cuota ordinaria mensual del 1% del salario devengado por el trabajador, a menos que renuncien expresamente a los beneficios de la contratación colectiva...”, de donde es fácil inferir que solamente en el caso de renuncia expresa del trabajador a los beneficios convencionales no se le aplicarían los mismos,”

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia apelada en este aspecto.

DE LA RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES INCLUYENDO LAS PRIMAS EXTRALEGALES DE SERVICIOS Y VACACIONES CONVENCIONALES.

Pretende el demandante, la reliquidación de sus prestaciones sociales, incluyendo las primas extralegales de servicios y las primas de vacaciones convencionales como factor salarial. Pretensión está que fue negada por el Juez de Primera Instancia, al considerar que el trabajador, renunció a darle tal carácter estos beneficios, al suscribir la cláusula segunda del contrato de trabajo, sin que, de las Convenciones Colectivas o cualquier otro acuerdo posterior suscrito entre las partes, se acordara cambiar dicha condición.

El artículo 128 del CST, subrogado por el 15 de la Ley 50 de 1990 al respecto señala que:

“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

Milita en el plenario, el contrato de trabajo, suscrito por las partes, donde

acordaron en la cláusula segunda del mismo que, cualquier otra remuneración pagada al trabajador, distinta al salario mensual, “*de carácter extralegal o ingreso con motivo de este contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales*”; de ahí que, al estar pactado por las partes, acorde con lo previsto en el artículo 128 del CST, que el pago de cualquier otro beneficio, entiéndase incluso los convencionales, no sería considerado factor salarial, mal puede ahora, el demandante, reclamar como salario, algo que previamente acordó con su empleador, que no tendría tal carácter, desconociendo el contrato, que es ley para las partes.

Así las cosas, igualmente se confirmará la decisión del a-quo, que absolvió a la demandada de esta pretensión.

DE LA INDEMNIZACION MORATORIA ARTÍCULO 65 CST

Señala la parte actora, en su recurso, que se debe imponer a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, la indemnización moratoria de qué trata el artículo 65 del CST, pues, no puede considerarse una actuación de buena fe, el desconocer los beneficios convencionales de los trabajadores, lo cual se ha convertido en una práctica reiterada de la demandada, como se advierte en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales.

La indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST, corre en contra del empleador, cuando no cancela en forma oportuna los salarios y prestaciones debidos al trabajador a la terminación del vínculo laboral; sin que, dicha sanción pueda imponerse de manera automática, ya que, debe determinarse en cada caso en particular, la conducta de la demandada, en aras de establecer si actuó de buena o mala fe, y exonerarse de su pago.

En el caso bajo estudio, considera la Sala, que la demandada no actuó de mala fe, durante la vigencia de la relación laboral, ni a su terminación, pues actuó con el convencimiento de que el actor no era beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas con SINTRAFEC, razón por la cual, no es posible considerar que su conducta carece de buena fe, máxime cuando quedó demostrado en el proceso, que siempre cumplió con el pago de sus obligaciones laborales, y canceló al trabajador oportunamente la liquidación final de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

En los anteriores términos, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de fecha 10 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por FREDDY CELIZ PUYO contra la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, conforme a lo expuesto en la parte motiva esta decisión.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESCOVEZ GAITÁN
Magistrado
5/10/2020


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201700231-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pacto de desalarización – reliquidación prestaciones sociales.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 15 de agosto de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LILIANA BARON ULLOA** en contra de **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

ANTECEDENTES

LILIANA BARON ULLOA promovió demanda ordinaria laboral en contra de SALUD TOTAL EPS-S S.A., para que, previa declaración de existencia de un contrato de trabajo, se condene a la demandada, al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de Seguridad Social, teniendo en cuenta el último salario devengado por éste, por la suma de \$1.864.500, que incluye los beneficios y bonificaciones no salariales utilizados para manutención y remuneración por el servicio, así como el aporte voluntario a pensiones para el Fondo Protección; igualmente se condene al pago de la sanción de qué trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del CST y lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, el 15 de enero del 2009, para desempeñarse como ejecutiva de cuenta; que, en la cláusula cuarta del contrato de trabajo las partes pactaron como salario mensual, la suma de \$924.000, y que, en el evento en que SALUD TOTAL, reconociera y pagará bonificaciones, comisiones o incentivos extralegales ocasionales o no, de acuerdo a lo establecido en los artículos 15 y 16 de la

Ley 50 de 1990, no se tendrán en cuenta dentro de la base de liquidación para prestaciones, indemnizaciones, vacaciones o cualquier erogación laboral a cargo del empleador; adicionalmente, las partes, pactaron en dicho contrato, que la trabajadora, recibiría \$367.787 en las fechas de corte dispuestas por la Compañía, a título de incentivo o subsidio de transporte y/o alimentación, junto con \$200.000 por concepto de auxilio extralegal, el cual no constituiría salario.

Manifiesta que, el 2 de febrero del 2009, suscribió otrosí al contrato, pactando la renuncia expresa incremento salarial consagrado en el artículo 13 del pacto colectivo de trabajo, aceptando un incremento salarial como beneficio, en un porcentaje del 5.53 de su remuneración; luego, el 30 de agosto del 2010 suscriben otrosí estableciendo el pago mensual de incentivos, bonificaciones, subsidios de transporte extralegales y/o de alimentación, y/o educación, en las fechas de corte dispuestas por la demandada, reiterando que los mismos no son constitutivos de salario por cumplimiento de metas establecidas para el área de mercadeo, y por lo tanto, no serían tenidos en cuenta dentro de la base de liquidación de prestaciones, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otro derecho laboral, advirtiendo que, SALUD TOTAL EPS-S S.A., anualmente daría a conocer a la trabajadora, un plano de condiciones para el pago de los auxilios o medios extralegales de transporte.

Igualmente, demandante y demandada, suscribieron otrosí el 1 de julio, 30 de agosto y 1 de noviembre del 2010, así como, el 1 de abril y 1 de septiembre del 2011, relacionados con el cálculo de la liquidación del auxilio de transporte reconocido solo cuando los ejecutivos realicen visitas a los aportantes con el fin de obtener un incremento de las afiliaciones y éstas resulten efectivas, además de indicar la forma en que se incrementarían los beneficios no salariales durante dichos años.

Finalmente indica la demandante, que la relación laboral estuvo vigente hasta el 31 de julio del 2014, sin que, durante toda la relación laboral la demandada, le haya pagado de manera completa y acorde a la realidad las prestaciones sociales vacaciones ni aportes al sistema de Seguridad Social integral (fls. 2-34)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda SALUD TOTAL EPS-S S.A., dio contestación a la misma, mediante escrito visible de folios 201 a 226; oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, negó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el vínculo laboral, el cargo y salario pactado con la trabajadora, como la firma del contrato de trabajo y los distintos otrosí suscritos en vigencia del mismo; como excepciones de mérito, propuso las que denominó cobro de lo no debido, pago, compensación, prescripción, buena fe de la demandada y la genérica o innominada.

En su defensa argumentó que, la demandante, aceptó voluntariamente las cláusulas del contrato suscrito inicialmente entre las partes y los distintos otrosí firmados con posterioridad, en los que se establecían los beneficios no constitutivos de salario ya que éstos no tenían como objeto la retribución directa del trabajador si no aportes pensionales voluntarios al fondo de pensiones protección y adicionalmente una suma reconocida por mera liberalidad, no para enriquecer el patrimonio de la trabajadora, si no para el cabal desempeño de sus funciones, sin que los pagos no constitutivos de salario superada el 40% del total de la remuneración de la actora, razón por la cual considerando adeudarle suma alguna a la demandante, pues, SALUD TOTAL EPS-S S.A., cumplió en vigencia de la relación laboral con el pago del salario y los beneficios en la forma pactada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de agosto de 2018, el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra al considerar que no quedó demostrado dentro del plenario vicio alguno en el consentimiento de la demandante al suscribir y aceptar el contrato de trabajo y los otrosí dónde de manera libre y voluntaria la trabajadora aceptó en los términos del artículo 128 del CST, los beneficios no constitutivos de salario que recibiría, sin que, advirtiera el a-quo, violación a los derechos mínimos de la trabajadora, de ahí que no tenía vocación de prosperar la reliquidación final de sus prestaciones sociales, en la forma solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandante LILIANA BARON ULLOA, interpuso el recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de Primer Grado, y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, argumentando que no se hizo un análisis correcto de la prueba documental la llegada los testimonios recepción a dos en el curso del proceso y la normatividad aplicable al caso, con lo que se logra demostrar que los presuntos beneficios no salariales reconocidos por la demandada carecen de fundamento legal, menoscaban sus derechos mínimos y son claramente un medio para evadir el pago de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo del empleador.

Resalta que, el incentivo de transporte, era habitual y se otorgaba por el cumplimiento de metas y afiliaciones, lo que en nada tiene relación con un beneficio para sufragar los gastos del trabajador, en los medios de transporte empleados en el ejercicio de sus funciones; además que, no puede considerarse válido el beneficio para aportes pensionales voluntarios, cuando, ni siquiera, dichos pagos iban al Fondo de pensiones elegido por la trabajadora, sino a la AFP PROTECCIÓN, por convenio con la demandada, de ahí que, ante la evidente transgresión económica de que fue víctima la

actora, resulta procedente la reliquidación, en los términos solicitados en el libelo introductorio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, reitera su solicitud para que sea revocada la sentencia de primera instancia y se acojan los argumentos expuestos en el recurso de apelación respecto a la procedencia de la reliquidación solicitada, al encontrarse acreditado que todos los pagos recibidos por el trabajador, conforme a la jurisprudencia y el artículo 127 del CST, constituyen salario por ser retribución a su servicio. La demandada guardó silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte actora, la Sala deberá determinar si los denominados beneficios no salariales, aportes voluntario a pensión e incentivo de transporte, eran o no constitutivos de salario, y, en caso afirmativo, si resulta procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, en los términos solicitados por la actora en su escrito de demanda, siguiendo, para el efecto, lo establecido por el artículo 66A del CPTSS.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue objeto de discusión, que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 15 de enero de 2009 y el 31 de julio de 2014; tampoco que la demandante, se desempeñó en el cargo de ejecutiva de cuenta al servicio de la demandada.

DE LOS BENEFICIOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO

A juicio de la parte actora, tanto las bonificaciones no salariales, como los beneficios de aportes voluntarios y los auxilios variables de transporte, constituyen factor salarial, pues, así las partes hayan acordado que no tiene tal carácter, ello constituye una cláusula ineficaz, por cuanto todo lo que reciba el trabajador como retribución al servicio es salario, al margen de la denominación que esta tenga. A lo que se opone la parte accionada, quien afirma que dichos conceptos, no constituye salario, por cuanto las partes así lo pactaron en el contrato de trabajo, y en los diferentes otrosí, suscritos durante el vínculo laboral.

Dispone el artículo 127 del CST, reformado por el 14 de la Ley 50 de 1990, que:

“Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en día de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas.”

Así mismo el artículo 128 del mismo Código, reformado por el 15 de la Ley 50 de 1990, establece qué rubros no constituyen salario, y, en su parte final señala las prestaciones sociales, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional y contractualmente u otorgado en forma extralegal por el empleador, *“cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie tales como alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones de servicios o de navidad”*.

En sentencia con radicación 35579 del 28 de julio de 2009 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiteró su posición sobre los pagos que constituyen salario, cuya esencia no puede desnaturalizarse por acuerdo de las partes; al respecto indicó:

“Cabe destacar, que lo anotado, debe entenderse lógicamente bajo la premisa de que se trata de un beneficio, prima extralegal, sobre el que se pueden celebrar acuerdos de desalarización de conformidad con el artículo 15 de la ley 50 de 1990, porque situación diferente sería si estuviéramos hablando de pagos o compensaciones directas del servicio prestado, sobre los que no resulta viable celebrar este tipo de pactos, como por ejemplo las comisiones que por ley son salario, independiente de que se cancelen mensualmente o en periodos más largos”. (Subraya fuera de texto).

En el presente caso, de acuerdo a lo establecido en la cláusula cuarta del contrato de trabajo a término indefinido, suscrito entre las partes, la demandada, se comprometió a reconocer a la trabajadora, un sueldo de \$924.000, más un incentivo o subsidio de transporte y/o alimentación por valor de \$346.787, y un auxilio de transporte extralegal de \$200.000, los cuales, en concordancia de lo establecido por los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990 no serían constitutivos de salario y, por lo tanto, no se tendrían en cuenta como base de liquidación prestacional indemnizaciones vacaciones o cualquier otra erogación laboral (fls44-49 y 231-232).

Posteriormente, mediante sendos otrosí al contrato de trabajo, las partes acordaron modificar la cláusula quinta del mismo, comprometiéndose la demandada a pagar a la actora, de manera mensual, incentivos, bonificaciones, subsidios de transporte extralegales y/o de alimentación y/o

educación, en las fechas de corte dispuestas por la Compañía; beneficios que, no constituirían base salarial. Además, la demandada, se comprometió a presentar anualmente un plan de condiciones para el pago de los auxilios o medios extralegales de transporte, para ejecutivos de cuenta, el cual incluía un auxilio fijo, para cubrir los gastos en que incurría el trabajador de su caso al trabajo; y, un auxilio variable, que sería pagado, siempre y cuando la trabajadora, cumpliera con las metas de crecimiento en el número de afiliaciones efectivas (fls 62-91 y 235-242).

También suscribieron las partes, varios otrosí al contrato de trabajo, en los que pactaron que la demandante, recibiría unos beneficios de carácter no prestacional, ni salarial, denominados aportes voluntarios convenio, destinado a una cuenta de ahorro individual en la AFP PROTECCIÓN, para un fondo de pensiones voluntarias (fls. 243-266). Adicionalmente y conforme a los comprobantes de nómina aportados tanto por la demandante, como por la demandada se advierte que la trabajadora, recibió en vigencia del vínculo laboral, de manera ocasional, Una bonificación no salarial (fls, 101-167 y 243-314).

Así las cosas, es claro para la Sala, que las partes acordaron expresamente que ni las bonificaciones, ni los aportes voluntarios a pensión tendrían carácter salarial, circunstancia ésta totalmente válida, conforme a lo establecido por el artículo 128 del CST y ser ley para las partes, de ahí que no resulte procedente que ahora la demandante pretenda que tales beneficios sean considerados parte del salario, desconociendo el acuerdo previo en el que convinieron que no lo sería. Sumado a ello, se debe resaltar que, no quedó demostrado en el proceso que el pago de la bonificación no salarial, o los aportes voluntarios a pensión, estuviera sujeto al rendimiento de la trabajadora, al cumplimiento de metas en la afiliación de usuarios o cualquier condición relativa a su cargo de ejecutiva de cuenta.

Ahora, respecto al incentivo o medio extralegal variable de transporte, que según las políticas de pago fijadas por la demandada, se reconocía a los ejecutivos de cuenta, por número de afiliaciones efectivas al cierre del periodo, considera la Sala, que fue concebido como una retribución directa al servicio prestado, de ahí que, éste sí sea considerado factor salarial, conforme a lo establecido en el artículo 127 del CST, independientemente del pacto celebrado entre las partes, que le desconoció tal carácter. No obstante, no se accederá a la reliquidación pretendida por la actora, incluyendo este concepto, pues, verificados los comprobantes de nómina allegados al plenario, no se encuentra demostrado el pago a favor de la demandante, de dicho beneficio, sino del auxilio fijo de transporte, reconocido para su desplazamiento del lugar de residencia al trabajo, el cual no constituye salario, pues, como el auxilio legal, está destinado a subsidiar o reembolsar los gastos de transporte del trabajador.

Tampoco, se allegó prueba alguna que permita determinar el porcentaje del incentivo, de acuerdo a las afiliaciones o cumplimiento de metas o las visitas efectuadas para dicho fin. En consecuencia, se confirmará la decisión absolutoria de Primera Instancia, pero por las razones aquí expuestas.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de agosto de 2018, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por LILIANA BARON ULLOA contra SALUD TOTAL EPS-S S.A., pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

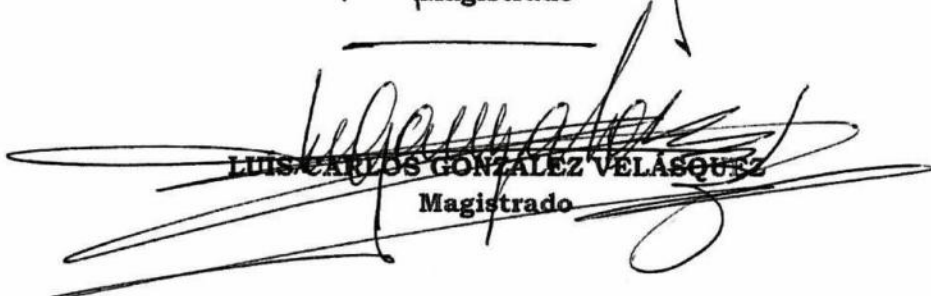
SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201600143-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Diferencia salarial – Auxilio de Cesantías – Devolución de aportes.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 12 de febrero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JAVIER DIAZ PARDO** en contra del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANANTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** representado por **FIDUAGRARIA S.A.**

ANTECEDENTES

JAVIER DIAZ PARDO promovió demanda ordinaria laboral en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo, se condene al demandado, al pago de la diferencia salarial con un conductor mecánico II de planta, los incrementos anuales salariales contemplados en los artículo 39 y 40 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL; prima de servicios legal y extralegal, vacaciones legales y extralegales, prima de vacaciones convencional, indemnización por descanso para alimentación, indemnización de las dotaciones, auxilio convencional de cesantías, horas extras o trabajo suplementario, recargos nocturnos, auxilio de transporte, indemnización convencional por terminación del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, reembolso de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, reembolso de los valores cancelados por pólizas de cumplimiento, devolución de impuestos y otras rentas, bonificaciones, premios, descansos, auxilio oftalmológico, indexación, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, prestó sus servicios para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, entre el 24 de noviembre de 2000 y el 31 de marzo de 2013, en el cargo de conductor mecánico II, mediante la modalidad de sendos contratos de prestación de servicios personales, con mínimas interrupciones, que no llegaron a interrumpir la solución de continuidad; sin embargo, la labor encomendada era realizada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo un horario, sin recibir un llamado de atención, bajo la subordinación del ISS, quien le impartía órdenes, recibiendo una asignación mensual por su trabajo.

Advierte que, el cargo desempeñado, era de planta, pues, las actividades desarrolladas estaban totalmente ligadas al objeto del ISS, sin embargo, nunca se le reconoció el pago de las prestaciones legales, ni extralegales, ni el salario en las mismas condiciones que los directos trabajadores del Instituto; refiere que, el 31 de marzo de 2013, de forma unilateral, el Instituto de Seguro Social en Liquidación, desvinculó al demandante, obligándolo a celebrar contrato de trabajo con una bolsa de empleos, subordinada de la misma entidad, para seguir desempeñando el mismo cargo (fls.265-293 y 303-333).

Por auto del 12 de junio de 2017 (fl. 296), la demanda fue inadmitida, y ante la indebida subsanación de la misma, el 18 de septiembre de 2017, el Juzgado de Primera Instancia, rechazó las pretensiones 2, 5.2, 5.3, 5.11, 5.12, 5.15 a 5.17 y 9 a 12, relacionadas con la indemnización por despido sin justa causa, el incremento salarial, la indemnización por descanso para alimentación, indemnización por dotaciones, recargos nocturnos, auxilio de transporte, reembolso de las pólizas de cumplimiento y de los impuestos y otras retenciones, así como las bonificaciones, premios, descanso, auxilio oftalmológico, continuando el proceso, por las demás pretensiones (fls. 334-335).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el demandado PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN administrado por FIDUAGRARIA S.A., con escrito de folios 338 a 351, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que no le constaba ninguno de los hechos, por tratarse los mismos de una entidad extinta; propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de FIDUAGRARIA S.A., prescripción, inexistencia de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y la obligación, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe del ISS y del PAR ISS, inexistencia de la Convención Colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada y la innominada.

En su defensa argumentó que, entre las partes siempre existió una vinculación mediante contratos de prestación de servicios, dentro de los cuales no se configuran los elementos de un contrato laboral, pues, el demandante, conservó su autonomía, no estaba sometido a subordinación, ejecutando el contrato de manera independiente, basado en su propia iniciativa; por ende, no tenía la calidad de trabajador oficial, sino de contratista independiente, que firmó libre y voluntariamente los contratos, constituyó pólizas de cumplimiento y cobró a satisfacción los honorarios; adicionalmente, tampoco acreditó ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que no puede ser acreedor de los beneficios allí establecidos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de febrero de 2019, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la existencia de una relación laboral entre las partes del 24 de noviembre de 2000 al 31 de marzo de 2013, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 12 de abril de 2010; condenando a la demandada al pago de las primas de servicios convencional, cesantías convencionales, compensación de las vacaciones, e indexación de las condenas impuestas, desde que se hicieron exigibles, hasta que se produzca su pago efectivo; absolviendo a la demandada, del pago de las diferencias salariales solicitadas, al considerar que no acreditó el actor, la escala salarial para un conducto mecánico II, pues, las aportadas al proceso, se refieren a los grados 9 a 13; además, tampoco logró demostrar que las labores desempeñadas por éste, se equiparan en grado, condiciones y requisitos a las realizadas por un conductor de planta.

Igualmente, negó la A-quo, el reembolso de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, pues, el demandante, fue pensionado por el ISS, mediante resolución 013191 del 28 de marzo de 2006, razón por la cual, ya no estaba obligado a cotizar para pensión, y, los aportes de salud, se efectuaron en virtud del derecho pensional; además, no allegó prueba alguna del pago de ARL. Condenó en costas de primera instancia a la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, las apoderadas de las partes presentaron recurso de apelación en los siguientes temas

La parte demandante, solicita que se revoque la decisión de Primera Instancia, en cuanto absolvió a la demandada del pago de la diferencia salarial, que considera se encuentra probada en el proceso, ya que el ISS, cambió la denominación del cargo de conductor a grado II, sin indicar los requisitos del mismo, para relevarse de las obligaciones salariales correspondientes, debiendo aplicarse la diferencia sobre la máxima

categoría. Adicionalmente, insiste en la devolución de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, efectuados por el actor, pues, pese a encontrarse pensionado, para continuar con los contratos de prestación de servicios, debió continuar cancelando dicho aporte.

Por su parte, el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL PAR ISS administrado por la FIDUPREVISORA S.A., solicitó revocar la sentencia de primera instancia en totalidad y absolverla todas y cada una de las pretensiones, reiterando en que no existió un vínculo laboral con el demandante, pues, ésta conservó la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones; además, al momento de suscribir cada contrato, fue conocedor de las condiciones de éstos y las aceptó siempre sin manifestar ninguna inconformidad al respecto. Adicionalmente, en caso de no modificar la decisión, solicita se absuelva del pago del auxilio de cesantías, ya que, en el caso de trabajadores oficiales, este concepto, así como sus intereses, debían ser asumidos por el Fondo Nacional del Ahorro.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante, a través de su apoderado judicial, insistió en los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación, para que la sentencia de Primera Instancia, sea modificada y se acceda a la totalidad de los derechos legales y convencionales reclamados. La demandada, guardó silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación, la Sala deberá determinar (i) si entre el demandante y el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, existió el elemento de la subordinación y con él una verdadera vinculación laboral, y (ii) analizar lo pertinente a las condenas impuestas, si hay lugar a su modificación de conformidad con lo apelado o si por el contrario la decisión de primera instancia se encuentra ajusta a derecho.

DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

No existe discusión en que la prestación de los servicios personales del demandante al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, lo fue, en virtud de sendos contratos de prestación de servicios.

En desarrollo de los anotados contratos realizó actividades en el Departamento Nacional de Mantenimiento, como conductor, recibiendo por su último contrato unos honorarios pagaderos por mensualidad vencida en la suma de \$1.193.597, contrato que finalizó el 31 de marzo de 2013;

circunstancias de las que dieron cuenta, entre otros medios probatorios, la certificación No. 14907 expedida por el ISS EN LIQUIDACIÓN de fecha 10 de julio de 2012 (fl. 796); copia de los distintos contratos de prestación de servicios personales, las certificaciones del cargo, expedidas por el ISS, durante la vigencia del vínculo contractual, solicitudes para la aplicación de la tabla de retención en la fuente, pólizas de cumplimiento, certificados de disponibilidad presupuestal del ISS, informes de interventoría y cumplimiento de los distintos contratos suscritos entre el demandante y el Instituto de Seguro Social (fls. 31 a 784 cuaderno 1); las planillas de programación de turnos, los desprendibles de pagos de honorarios, certificaciones y memorandos de comisiones, el pago de viáticos (fls 5- 263 cuaderno 2), interrogatorio de parte absuelto por el demandante (fl. 402-404) y las declaraciones rendidas en el proceso por RITO ANTONIO POVEDA RIAÑO, FILIBERTO BERNAL VARGAS y HECTOR JULIO DIAZ BERNAL. Pruebas que al no haber sido tachadas ni refutadas de falso dan fe de lo allí expresado.

En tal orden, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió los contratos de prestación de servicios así:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.”

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”

Se infiere de la citada norma que, en el contrato administrativo de prestación de servicios, la actividad humana que la persona natural se obliga a ejecutar en favor del ente público no puede realizarse *“bajo la continuada dependencia o subordinación”* de este último. Por manera que, la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo.

Ahora bien, sabido es, que el contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado, en aquellos casos en los que la actividad de la administración no puede ser ejecutada por personas vinculadas a ella o, cuando se necesitan conocimientos especializados, por tal motivo se abordará la resolución del problema jurídico de la siguiente manera:

DEL CONTRATO REALIDAD

Pretendía el demandante JAVIER DIAZ PARDO, que se declarara, que su relación jurídica con el I.S.S. estuvo regida por un contrato de trabajo vigente entre el 24 de noviembre de 2000 y el 31 de marzo de 2013. A lo que se opuso la demandada, asegurando que la labor para la cual fue contratado

el actor, fue ejecutada con total autonomía, sin que mediara subordinación alguna, por lo que, éste se desempeñó como un contratista independiente. A fin de definir la cuestión, forzoso resulta remitirnos a las normas que regulan los contratos de trabajo y los elementos del mismo, como son el artículo 1° de la ley 6 de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 de 1945, que disponen:

Ley 6 de 1945:

“ARTICULO 1° Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que estas se sujeten a horario, reglamentos o control especial de del patrono...”

Decreto 2127 de 1945:

“Artículo 1°. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo, y bajo su continua dependencia, y éste último a pagar a aquel, cierta remuneración.

Artículo 2°. En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por si mismo; La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento; darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y El salario como retribución del servicio.

Artículo 3°. Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares el patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera.”

ARTICULO 20. El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción...” (Negrilla fuera de texto).

Desde la anterior óptica, es fácil colegir que los trabajadores oficiales también se encuentran amparados por el principio del contrato realidad, lo que conduce a la necesidad de verificar si en la vinculación de prestación de servicios del actor se presentaron los elementos del contrato de trabajo, para así determinar si se trata de una relación laboral o de una independiente, máxime cuando en su favor opera la presunción legal de que lo fue mediante contrato de trabajo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, Sala Plena en Sentencia C-154 de marzo de 1997 dijo:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada (num. 3 parcial del art. 32 ley 80/93), no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos de contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo (...).

Igualmente indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en recientes en reciente sentencia SL3142 del 9 de junio del 2021 que:

“...en los eventos en que se pretende la declaratoria de existencia del contrato de trabajo y el demandado fundamenta su defensa en otra clase de vínculo contractual como el de prestación de servicios, estos acuerdos formales por sí mismos no son indicativos de una relación autónoma o independiente, en virtud del principio de la primacía de la realidad que rige en materia laboral. De modo que en este tipo de controversias es necesario desvirtuar la conclusión del Juez Plural respecto a la presunción legal de subordinación que operó en favor del actor en virtud de lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y acreditar que en la realidad el vínculo que unió a las partes se desarrolló de manera autónoma o independiente...”

Al respecto, se tiene que en el presente asunto absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien manifestó que prestó sus servicios personales a través de contratos de prestación de servicios, como conductor, para transportar ejecutivos del ISS; estaba sujeto al área de recursos humanos, así como a la Gerencia de Bienes y Servicios y la Vicepresidencia Administrativa, los vehículos que conducía eran de la Entidad; recibía órdenes e instrucciones de la persona que debía transportar; no hacía turnos, ni relevos, pero si por alguna circunstancia no se presentaba a trabajar, el Instituto asignada a otro compañero, también con contrato de

prestación de servicios para reemplazarlo. Afirma que, no hubo interrupción en los contratos suscritos con la ISS, las actividades generalmente las realizaba por más de 15 horas días, dependiendo de los compromisos que tuviera la persona movilizada.

Afirmaciones que corroboraron los testigos RITO ANTONIO POVEDA RIAÑO, FILIBERTO BERNAL VARGAS y HECTOR JULIO DIAZ BERNAL compañeros de trabajo del demandante, quienes también se desempeñaron como conductores del Instituto de Seguro Social, y, coincidieron en afirmar que el actor transportaba a diferentes directivos del ISS, debía recoger a la persona asignada, en la mañana en su casa y dejarlo en la noche, prestando el servicios desde las 5:00 o 6:00 a.m. y hasta las 10:00 p.m. de lunes a domingo, además de estar disponible, para cuando la persona lo necesitara; que, además debían responder por el vehículo y su mantenimiento, el cual siempre debía estar en perfectas condiciones para su uso.

Señalaron los testigos, que tenían un jefe de transporte, con quien trataban todo lo relacionado respecto a la persona que debían transportar; y otro jefe, que era de mantenimiento, con quien verificaban la parte mecánica del automotor; que, tenían compañeros de planta, contratados directamente por el Seguro Social, quienes desempeñaban los mismos oficios; en ocasiones, si la persona asignada se tardaba en sus reuniones, el coordinador de transporte o el mismo jefe inmediato, le pedía que transportara a otro persona o recogiera elementos para la entidad; que, ante la oneroso que resultaba para el ISS, el pago de horas extras de los conductores de planta, se vinculó a los contratistas, para que cubrieran esos horarios. Manifestaron que, si no estaban transportando a nadie, debían permanecer en el área administrativa, en un espacio adecuado para ellos, disponibles, para cuando los jefes inmediatos o la entidad los requiriera; que, los celadores de los edificios llevaban unas planillas de control, donde quedaba constancia del ingreso y salida del vehículo; que, el contrato del actor, finalizó por la liquidación del ISS, aunque algunos compañeros, continuaron prestando sus servicios para la entidad, a través de Empresas de servicios Temporales.

Aunado a lo anterior, fueron aportadas documentales contentivas de memorandos y circulares, certificaciones laborales, programación de turnos, asignación para comisiones y pagos de viáticos, donde se verifican las instrucciones impartidas por el ISS, respecto del cumplimiento de las funciones por parte del actor, como conductor de esa entidad, autorizado para recoger elementos, transportar personal asignado, mantener el vehículo en perfectas condiciones de aseo y utilidad, respetando la normatividad contenida en el Código Nacional de Tránsito, asistir a actividades educativas programadas por el ISS, rendir informes, mantener todas las herramientas y equipos de seguridad de carretera dentro del vehículo, así como los documentos legales del automotor, informar las fallas mecánicas, supervisar las reparaciones y mantenimientos, realizar la revisión preventiva de las condiciones mecánicas del vehículo asignado,

entre otras, que en suma denotan la ausencia de autonomía en el ejercicio de la labor realizada por el demandante.

De otro lado, los objetos de los contratos de prestación de servicios, a más de precisar el tiempo durante el cual el demandante, prestó sus servicios bajo tal denominación, dan cuenta de las labores ejecutadas por éste desde el 24 de noviembre de 2000 (fl. 31 cuaderno 2).

Lo anterior, permite a la Sala concluir, que el demandante, estuvo sujeto en la prestación de su servicio como contratista, al cumplimiento de horario y de órdenes, éstas últimas que en momento alguno pueden confundirse con meras instrucciones, por la sencilla razón de que la independencia inherente a los contratos de prestación de servicios cede ante la habitualidad y las funciones propias por el desempeñadas.

Adicionalmente, la contratación del demandante, no tuvo por objeto cubrir necesidades temporales del Seguro, ya que, aun cuando los contratos de prestación de servicios citados fueron celebrados a plazo determinado, lo cierto es, que su labor fue habitual sin que se haya presentado interrupción entre uno y otro, y en todo caso, también era ejecutada por personal perteneciente a la planta de personal de la entidad, lo cual descarta la necesidad de la contratación temporal.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar que, en desarrollo de dichos contratos, se presentó el elemento subordinación como se expresó en precedencia, el que aunado a la prestación personal del servicio y a la remuneración por el mismo, hacen que en realidad se pueda tener al señor JAVIER DIAZ PARDO como trabajador dependiente del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

En consideración a que, con la declaración de la existencia del contrato de trabajo entre las partes, se condenó al demandado, al pago de acreencias laborales legales y extralegales, a los que consideró la Juez de Primera Instancia, tenía derecho el demandante, como trabajador oficial, en esta instancia se revisarán las mismas, en virtud de los recurso de apelación interpuesto por las partes y en el grado jurisdiccional de consulta.

DE LA NIVELACIÓN SALARIAL

Solicita el demandante, el reajuste del salario, teniendo en cuenta lo devengando por un conductor mecánico, grado II, vinculado al ISS, como trabajador de planta, quien cumplía las mismas funciones por él desempeñadas; a lo que no accedió la Juzgado de Primera Instancia, señalando que, las escalas salariales allegadas al plenario correspondían a los grados 9 a 13, sin que se haya logrado demostrar en el curso del proceso, las labores realizadas por el actor, correspondieran a alguno de estos grados,

ni que, éste cumpliera con las mismas condiciones y requisitos de un trabajador directo de la entidad.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 6 de 1945, para que un trabajador oficial pretenda devengar el salario que otro esté devengando, es necesario que demuestre que dependían de una misma empresa, en una misma región económica, que tenían trabajos equivalentes, la misma capacidad profesional o técnica, la misma antigüedad, experiencia y rendimiento; circunstancias que, como lo advirtió la A-quo, no quedaron acreditadas en el presente caso, pues, aunque el testigo HECTOR JULIO DIAZ BERNAL, indicó haber sido conductor de planta del ISS, y cumplir las mismas funciones del actor, esto es, conducir un vehículo, no puede considerar la Sala, que se encontraban en condiciones de igualdad, debido a que el deponente, ingresó al servicio del ISS, desde marzo de 1976, mientras que el demandante, como quedó establecido, lo hizo a partir del 24 de noviembre de 2000; además, nada informó el testigo, acerca del grado de su cargo, los requisitos, ni condiciones del mismo, y cuándo fue interrogado respecto a si tenía algún conocimiento de la asignación salarial devengada por el señor DIAZ PARDO, manifestó desconocer dicha información; y si bien, obran en el plenario las asignaciones salariales para un conductor mecánico del 2000 al 2013, en ninguna se advierte el valor cancelado al grado 2, ni es posible determinar las funciones que debía concluir quien ocupaba dicha categoría, en aras de establecer si el actor, se encontraba en idénticas condiciones que un trabajador de planta del ISS, conductor mecánico II.

Así las cosas, no cumplió la parte actora, con la carga probatoria de demostrar que las funciones desempeñadas por éste, correspondían a alguno de los cargos certificados por el ISS, en la misma escala, como tampoco que tuviera la misma capacidad profesional o técnica, la misma antigüedad, experiencia y rendimiento respecto de quien ocupara un cargo equivalente; sin que por las mismas razones, puede aplicarse el salario correspondiente a la categoría más alta del cargo de conductor, cuando no fue posible determinar la equivalencia de funciones y requisitos, que justifique la aplicación del principio a trabajo igual, salario igual.

En ese orden de ideas, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al despachar desfavorablemente esta suplica.

DE LAS CESANTÍAS CONVENCIONALES

Se opone la parte demandada, a la condena impuesta por concepto de cesantías convencionales, debido a que su pago era una obligación a cargo del Fondo Nacional del Ahorro; argumento que no es de recibo para la Sala, pues, si bien, en virtud de lo establecido en el artículo 3 del Decreto 3118 de 1968, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del

Estado del orden nacional, debían liquidarse y entregarse al Fondo, eran los empleadores quienes debían trasladar dichos recursos esa Entidad; y como quedó demostrado en el presente asunto, dada la modalidad en que el actor, fue contratado por el ISS, es claro que éste, no afilió al trabajador al Fondo Nacional del Ahorro, pese a que esa era su obligación legal, y por ende, no consignó en esa entidad, en cada anualidad, el auxilio de cesantías causadas a su favor, razón por la cual, corresponde entonces que le cancele de manera directa, esta prestación, como se ordenó en Primera Instancia.

REEMBOLSO DEL VALOR PAGADO POR EL DEMANDANTE DE SU PATRIMONIO POR APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Solicita el demandante, el reembolso de los valores pagados, por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, durante la vigencia de la relación laboral, teniendo en cuenta, que dicha obligación estaba a cargo de su verdadero empleador, el Instituto de Seguros Sociales, por lo que, al declararse la existencia del contrato de trabajo, procede tal devolución.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Consejo de Estado, en reciente sentencia de unificación 1317-2016, del 9 de septiembre de 2021, señaló que:

“235. La tesis de la Sala será la siguiente: aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.

236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley 138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal».

237. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.

238. En definitiva, no resulta procedente reconocer la totalidad del derecho deprecado, pues debe quedar al margen la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que por tratarse de recursos de

naturaleza parafiscal, no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema sanitario...”

Así las cosas, es claro para la Sala, que esta pretensión no resulta procedente, teniendo en cuenta que, independientemente de la declaración de existencia de trabajo realidad, el actor, como contratista, estaba en la obligación de cubrir el pago de tales aportes; además, dada su naturaleza parafiscal, dichos recursos tienen una destinación específica, que impide su devolución, pues, no solo están destinados a cubrir las prestaciones asistenciales y económicas de quien los cancela, sino también a garantizar este servicio a la población más pobre y vulnerable del país, por lo tanto, no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la Seguridad Social. En ese orden de ideas, habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

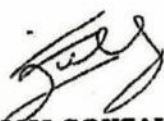
RESUELVE

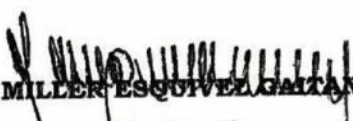
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 12 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JAVIER DIAZ PARDO contra FIDUAGRARIA S.A. – VOCERA ADMINISTRADORA PAR ISS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESCOBAR GAITÁN
Magistrado
20/10/2020


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado