



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105021201700038-01

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.

SENTENCIA

TEMA: Contrato de Trabajo – retribución de la disponibilidad sin prestación efectiva del servicio.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FELIX ANTONIO PACHÓN MELO en contra de CODENSA S.A E.S.P.

ANTECEDENTES

FELIX ANTONIO PACHÓN MELO promovió demanda ordinaria laboral en contra de CODENSA S.A E.S.P., para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 6 de julio de 2004 y el 18 de noviembre de 2015, en virtud del cual laboró bajo la continuada dependencia y subordinación de aquella, prestando en forma permanente turnos de “disponibilidad” adicionales a su jornada laboral máxima legal, que por tanto deben remunerársele y dan lugar a la reliquidación de la totalidad de sus derechos laborales; sea condenada al reconocimiento y pago de los salarios por tiempo extraordinario o suplementario laborado a título de disponibilidad laboral, con los respectivos recargos nocturnos, dominicales y festivos, así como las diferencias que resulten en su favor al reliquidar cada uno

de tales derechos legales y extra legales, las sanciones moratorias establecidas en el art. 99 de la Ley 50 de 1990 y en el art. 65 del CST y SS, la indexación, los intereses moratorios sobre las acreencias laborales, los demás derechos que resulten probados extra y ultra *petita* y las costas y agencias en derecho.

Como soporte de sus pretensiones relató los hechos obrantes de folios 346 a 356, que en síntesis se contraen a que el 6 de julio de 2004 suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido con la demandada, el cual ésta terminó el 18 de noviembre de 2015, desempeñó el cargo de Tecnólogo de Distribución Rural, al interior de la sociedad existe entre el Sindicato de Trabajadores de la Energía de Colombia el cual ha suscrito diversas Convenciones Colectivas de Trabajo siendo la última la del 1° de enero de 2004 vigente hasta el 31 de diciembre de 2007, acuerdo modificado con el acta convencional número 01 de 8 de julio de 2011 y de la cual es beneficiario; la cláusula quinta del CCT estipula que la jornada laboral comprende los cinco días de la semana que se laboran en el siguiente horario, de lunes a jueves de 7:30 a.m. a 5:30 p.m., con 45 minutos para almorzar y los días viernes de 7:00 a.m. a 2:00 p.m. en jornada continua; la encartada le exigió que prestara turnos de disponibilidad según la programación permanente y habitual contenida en la planillas elaboradas por la División Control Redes del Departamento Operación de la Red (fls 350 a 353); días programados de disponibilidad en los que debía estar alerta para atender cualquier llamado que se le hiciera sin importar la hora e inmediatamente debía hacerse presente en el lugar, atendiendo la urgencia hasta cuando otro trabajador entrara a remplazarlo en un nuevo turno de disponibilidad; mientras estaba disponible debía permanecer en su lugar de habitación sin hacer nada más una vez fuera llamado para atender las contingencias del servicio público prestado, es así como los turnos de disponibilidad entre semana se programan entre las 5:30 p.m. y las 10:00 p.m. de lunes a jueves y los viernes de 2:00 p.m. a 10:00 p.m; la disponibilidad le fue cancelada bajo el concepto de *horas extras*, pero únicamente por el tiempo en que atendió la contingencias y no el resto del tiempo en que estuvo disponible, de ahí que recibiera las siguientes sumas: para el año 2011 de enero a abril la suma de \$1.498.157 y de agosto a diciembre de \$1.498.157, para el año 2012 de enero a octubre \$1.561.529 y de noviembre a diciembre de \$1.600.000., para el año 2013 \$1.647.040, para el año 2014 de enero a junio de \$1.687.228 y de julio a diciembre \$1.720.973, para el año 2015 de enero y agosto \$1.783.961 y desde septiembre hasta su despido la suma de \$1.837.480; además de los derechos de ley percibió los siguientes beneficios extralegales: bono de alimentación, cota monetaria (subsidio familiar), auxilio precolar y primaria, auxilio económico desplazamiento, subsidio UPC padres, seguro de vida y medicina prepagada CCT no gravada, los cuales se vieron disminuidos por el pago incompleto de los salarios; y, el 17 de noviembre de 2016 elevó solicitud de reconocimiento y pago de los derechos deprecados la cual le fue negada el 6 de diciembre de 2016.

CONTESTACIÓN

Notificada legalmente la demandada, dio contestación con escrito de folios 392 a 404, en donde se opuso a la prosperidad de las pretensiones declarativas y condenatorias encaminadas a la reliquidación, aceptó los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral, los extremos temporales, la finalización, el cargo desempeñado y la solicitud elevada, negando los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado, pago total de las obligaciones laborales en especial de los salarios y prestaciones sociales, prescripción, prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 15 de agosto de 2019, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre FÉLIZ ANTONIO PACHÓN MELO y la sociedad CONDENSA S.A. E.S.P. existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 6 de julio de 2004 al 18 de noviembre de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA las excepciones de fondo propuesta por la sociedad CONDENSA S.A. E.S.P. denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO Y CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.

TERCERO: ABSOLVER a CONDENSA S.A. E.S.P. de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor FÉLIX ANTONIO PACHÓN MELO.

CUARTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo del demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000.

(...)”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el extremo demandante, interpuso recurso de apelación parcial, al considerar que la juzgadora de instancia incurrió en un desconocimiento del principio consagrado en el art. 53 de la C.N, esto es, la primacía de la realidad sobre las formas, así como el principio de favorabilidad aplicable en materia laboral, en atención a una valoración errónea de los elementos probatorios, pues logró acreditar su programación de los turnos de disponibilidad estando siempre al servicio de la demandada a fin de atender las eventuales contingencias que se generaran, por lo que no pudo destinar dicho tiempo a actividades diferentes que no fueran el estar disponible al posible llamado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la apoderada de la parte actora insistió en la prosperidad de sus pretensiones porque los turnos de disponibilidad programados por obligación debían ser cumplidos, acatados y desarrollados y, por tanto, dentro de los principios de sana crítica, en armonía con los de la primacía de la realidad y el de favorabilidad, también deben ser remunerados, al imposibilitar su descanso pleno o de recreación personal y familiar, siendo que los pagos que hizo la demandada solamente cubrieron el tiempo que empleó para cubrir los llamados. Entre tanto, el apoderado de CODENSA S.A solicitó la confirmación de la sentencia apelada, ya que al demandante le fue remunerado el trabajo suplementario, por ende, si no ejecutó efectivamente servicios o labores propias del contrato de trabajo no tiene derecho al pago.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se circunscribe a establecer si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de los turnos de disponibilidad que le fueron programados por CODENSA SA ESP, durante los cuales no prestó sus servicios personales, y en caso afirmativo, si hay lugar a la reliquidación de los conceptos legales y extralegales que le fueron oportunamente reconocidos y cancelados, con especial énfasis en la aplicación de los principios de primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 A del CPTSS.

DEL VINCULO QUE ATÓ A LAS PARTES

No es materia de discusión en esta instancia por ninguna de las partes que entre ellas existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 6 de julio de 2004 hasta el 18 de noviembre de 2015, con ocasión del cual el demandante desempeñó como último cargo el de Tecnólogo de Distribución, recibiendo como último sueldo básico mensual la suma de \$1.837.480; circunstancias que igualmente se verifican, entre otros medios probatorios, con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda (fls 392-404), las constancias laborales expedidas por la demandada (fls 405-406 y 416), la carta de despido (fl 415) y la liquidación definitiva de acreencias laborales con su respectivo pago (fls 407-410).

En la misma orientación, tampoco es materia de cuestionamiento que en la ejecución del citado contrato, al señor FELIX ANTONIO PACHON MELO su empleadora CODENSA SA ESP, le reconoció y pagó las

jornadas en las que éste efectivamente le prestó sus servicios personales y subordinados dentro de los turnos de disponibilidad por ella programados, tal y como así lo concluyó la A quo y se constata con la documental de folios 415 a 418.

DE LA RETRIBUCIÓN POR LOS TURNOS DE DISPONIBILIDAD PROGRAMADOS

El principal reproche de la censura se encuentra encaminado a que frente a los lapsos de disponibilidad que programó la empleadora que no fueron por él laborados efectivamente, de todas formas deben serle retribuidos económicamente, y sobre esa base, las demás acreencias laborales reclamadas, ya que dejó de compartir vida familiar, de recreación, de descanso pleno y en general de realizar actividades fuera de la jornada laboral, además que durante ese tiempo permaneció en su hogar.

Pues bien, sea lo primero señalar que el concepto de *disponibilidad*” al que se ha hecho referencia en el presente asunto, no encuentra una definición expresa dentro de nuestro ordenamiento laboral ni en alguna otra codificación del orden nacional, siendo a través de la extensa jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, que de antaño se ha realizado el análisis correspondiente, siempre aplicado a casos concretos, que por tanto han permitido trazar una serie de características para que se pueda reconocer y pagar la misma como trabajo suplementario, entre ellas: i) que el empleado ejecute realmente actividades propias del contrato de trabajo o, ii) que aun cuando no desarrolle labores propias del contrato se le restrinja por disposición de su empleador la posibilidad de desplazamiento y/o de realizar otras actividades ajenas a las laborales.

De tal suerte, si el trabajador cuenta con la posibilidad de permanecer en su residencia o en cualquier otro lugar que desee, así como de escoger la actividad que quiera realizar (personal, familiar, social, educativa, recreativa, de ocio o descanso, etc), por supuesto que el sólo hecho de estar atento a la llamada que eventualmente realice su empleador, no comporta, *per se*, que ese tiempo sea constitutivo de la jornada y, en consecuencia, tenga que remunerarse, ello en la medida que conforme nuestra legislación laboral únicamente el trabajo efectivamente ejecutado es el que se reconoce y paga, tal y como así lo enseñan los artículos 23¹ del CST, al mencionar como dos de los tres

¹ “ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio.

elementos propios del contrato de trabajo, la prestación personal del servicio y la remuneración correspondiente como contraprestación por ese servicio; el artículo 127² *ejusdem*, cuando consolida el elemento de la remuneración y en ese sentido define el salario como aquella contraprestación directa del servicio; y, finalmente, el artículo 168³ de la misma obra, al establecer como requisito para el pago del trabajo suplementario la prestación efectiva del servicio, tan es así que por sabido se tiene que de no llegarse a demostrar dicho trabajo realizado por fuera del horario legal, no se cancela.

Ahora, si es el empleador quien a la luz de la aludida “disponibilidad” le exige a su trabajador que no realice actividades de su libre escogencia porque debe estar pendiente y disponible inmediatamente se le requiera, bien en su lugar de trabajo o en uno distinto, como podría incluso ser su propia residencia, esto es, sin que pueda optar durante dicha espera en un desplazamiento o una espera en cualquier lugar o la realización de la actividad de su preferencia, o pudiendo hacerlo, adelante total o parcialmente funciones laborales mientras eventualmente es llamado, evidentemente tal lapso de tiempo sí tiene que ser remunerado de la misma forma como cuando real y efectivamente presta el servicio normalmente.

Así las cosas, es dable concluir que no es obligación remunerar al trabajador la simple “disponibilidad” cuando ésta consiste en encontrarse fuera del lugar de trabajo y con la opción de adelantar cualquier actividad de su elección. Es más, existen circunstancias especialísimas en las que aun cuando se restringe al trabajador la posibilidad de su traslado fuera de la sede laboral⁴, no por tal limitación

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.” (Resaltado propio de la Sala)

² “**ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.** <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera 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 días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.” (Resaltado propio de la Sala)

³ “**ARTICULO 168. TASAS Y LIQUIDACION DE RECARGOS.** <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> 1. El trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 <161> literal c) de esta ley. 2. El trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno. 3. El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno. 4. Cada uno de los recargos antedichos se produce de manera exclusiva, es decir, sin acumularlo con algún otro.” (Resaltado propio de la Sala)

⁴ Como sucede por ejemplo con algunas actividades que se ejercen en determinadas zonas de nuestro País, en donde, por la seguridad y el bienestar del trabajador, el empleador le proporciona un lugar cerca, o en las mismas instalaciones del sitio de trabajo, para que éste pernocte y realice las actividades de su escogencia, una vez finalizada la jornada laboral y durante los mismos periodos que se han establecido legal o convencionalmente para el desarrollo del trabajo contratado.

se remunera el tiempo de su permanencia, pues se insiste, es necesaria la efectiva prestación de su servicio.

En lo que interesa al tema de la disponibilidad, oportuno resulta rememorar lo expuesto por el Máximo órgano de la jurisdicción ordinaria Laboral quien ha dejado sentada su postura indicando que <<...No toda "disponibilidad" o vocación permanente, por un periodo más o menos largo, de prestar el servicio efectivo, puede calificarse como trabajo para enmarcarlo dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley...>>⁵, <<Si la condición de disponibilidad implica para el trabajador permanecer "a órdenes del patrono" sin lugar a ocuparse en nada distinto de esperar o cumplir sus determinaciones o mandatos, no cabe duda que aun la inactividad asume carácter laboral puesto que tiene efecto en beneficio exclusivo del empleador, con restricción de la libertad para ocuparse en asuntos propios.>>⁶, y que <<La disponibilidad no constituye trabajo, es simplemente algo potencial, que en un momento dado puede dar lugar a que se realice esfuerzo intelectual o material, susceptible este esfuerzo de generar remuneración>>⁷. Entre otras tantas sentencias.

En este punto conviene acotar en relación con la sentencia del 5 de abril de 2017, con radicación 43641, SL5584-2017, M.P Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, que si bien allí se expresó que: <<el simple sometimiento del asalariado de estar a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada.>> (resaltado propio de la Sala), a no dudarlo tal conclusión se halló ajustada a los antecedentes facticos y probatorios que le sirvieron de sustento en dicha oportunidad, como lo fueron, *grosso modo*, que los trabajadores además de estar disponibles, monitorearon y manipularon programas, llegando incluso a hacer reparaciones desde su domicilio con equipos tecnológicos entregados por su empleador, no pudiendo, en consecuencia, elegir cuáles actividades ejecutar durante ese tiempo de disponibilidad, por tanto, como en la segunda instancia no se adelantó una adecuada valoración probatoria de esa situación, ya que el reclamo de los demandantes no era sencillamente para que se pagaran todas las horas extras del turno de disponibilidad, sino para que se reconociera que sí se presentó trabajo efectivo aunque de forma remota durante ese lapso, de contera, su remuneración era procedente, luego, no se trataba de una simple disponibilidad.

⁵ sentencia del 11 de mayo de 1968, MP. Dr. J. Crótatas Londoño C., Publicada en Gaceta Judicial: Tomo CXXVII, n.º 2300-2302, pág. 236-241

⁶ Sentencia del 20 de junio de 1968 M.P Dr. Carlos Peláez Trujillo, publicada en Gaceta Judicial: Tomo CXXVII, n.º 2300-2302, pág. 352-357

⁷ Sentencia del 29 de abril de 1970, M.P Dr. Jorge Gaviria Salazar, publicada en Gaceta Judicial: Tomo CXXXIV, n.º 2326-2327-2328, pág. 491-494

Aclarado lo anterior, descendiendo al caso en concreto, se evidencia que el material probatorio aportado que se reputa como mal apreciado se contrajo, de una parte a la prueba documental contentiva del contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes (fls. 19 a 21), las CCT suscritas entre CONDENSA S.A. E.S.P. y SINTRAELECOL de fechas 2004 – 2007 (fls. 23 a 44) y 2015 – 2018 (fls. 54 a 70), el Acta convencional que modifica la CCT 2004 – 2007 (fls. 72 a 78), los turnos de disponibilidad y las horas realmente laboradas y canceladas (fls. 80 a 253), la liquidación y pago de cesantías (fls. 255 a 265), el reporte de semanas cotizadas en favor del actor expedido por Colpensiones (fls. 265 a 275), la liquidación de las horas extras por disponibilidad efectuada por el mismo demandante (fls. 277 a 317), los certificados laborales expedidos por la demandada (fl. 323), la solicitud de pago de las horas extras producto de los turnos de disponibilidad y su respuesta (fls. 324 a 342).

Y de otra, a la prueba declarativa consistente en los testimonios de BLANCA ODILIA PEÑA VILLAMIL, NÉSTOR DAVID LOZANO CAMACHO Y GLORIA MARÍA REYES PARADA, así como los interrogatorios de parte absueltos por las partes.

En relación con las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que el señor FELIX ANTONIO PACHÓN MELO fue programado por turnos de disponibilidad los testigos fueron coincidentes al señalar que de ningún modo estuvo conminado a permanecer en su lugar de residencia y dejar de hacer las actividades de su elección, mientras esperaba el eventual llamado de la empresa.

En efecto, la señora **BLANCA ODILIA PEÑA VILLAMIL**, relató que conoce al demandante desde octubre de 2014 ya que es la Jefe de Edición de Unidad Operativa de Bogotá Zona Centro de CONDENSA SA ESP, vinculada desde el 20 de octubre de 1993, y por eso sabe que las funciones de éste se circunscribían a realizar el acompañamiento en terreno de las cuadrillas y supervisión, informar novedades de estado de la redes, llevar indicadores, trabajar en la oficina como en terreno, se le programaban horas extras mensualmente (después de las 5:30 p.m. hasta 10:00 p.m., y el fin de semana se programaban por interregno de 11 horas las cuales 10 se trabajaban y 1 era de almuerzo), siendo que los turnos de disponibilidad eran concertados con los trabajadores y posteriormente eran publicados en la cartelera y enviados al correo electrónico. Entre tanto, **NÉSTOR DAVID LOZANO CAMACHO** conoce al demandante desde el 2010, para el 2013 pasó al Departamento en el que aquél laboraba y por esa razón sabe que existían dos modelos de manejo de los turnos, uno antes de noviembre de 2014 en que se incluían distintos departamentos, se realizaba anualmente y se divulgaba por correo (de lunes a jueves después de las 5:30 p.m. hasta las 10:00 p.m., los viernes después de las 2:00 p.m. hasta las 10:00 p.m. y los fines de semana y festivos de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., en caso de que la contingencia se extendiera más allá del horario el trabajador la

seguía atendiendo y le era cancelado previo reporte al trabajador), y después de noviembre de 2014 y hasta marzo de 2015, en atención al cambio operacional solo participaba de los turnos el personal del mismo departamento del actor (3 tres turnos a saber, de lunes a jueves después de las 5:30 p.m. hasta las 10:00 p.m., los viernes después de las 2:00 p.m. hasta las 10:00 p.m. y los fines de semana los turnos de 8:00 a.m. a 7:00 p.m. con una hora de almuerzo, 10:00 a.m. a 10:00 p.m. por ser tecnólogo), los llamados se atendían una vez terminado el turno programado adicional en caso de presentarse alguna contingencia era contactado por vía celular o Avantel, el tiempo de respuesta era de atención inmediata a partir del momento en que se recogiera al trabajador en el sitio donde indicara, claro está, en la ciudad de Bogotá. A su vez, **GLORIA MARÍA REYES PARADA**, Técnica Administrativa en CODENSA SA ESP desde 1994, informó conocer al demandante aproximadamente hace 10 o 12 años cuando era Tecnólogo, constándole, por esa razón, que las disponibilidades eran programadas anualmente, siendo ella la encargada de enviar las comunicaciones a la parte operativa mediante correo electrónico semanalmente por si existía alguna medida que adoptar si alguien del personal estaba en vacaciones o incapacitado, respecto al demandante el horario era lunes a jueves 7:30 p.m. a 10:00 p.m., los viernes de las 2:00 p.m. a las 10:00 p.m., sábados y domingos 6:00 a.m. a 8:00 p.m., con la salvedad que no eran horarios fijos sino que podían ser cambiar.

Por último, del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la convocada a juicio, señor **PABLO CESAR MILLÁN TORRES**, se tiene por admitido que el demandante tenía turnos de disponibilidad programados anualmente e informados a través de correo electrónico, los cuales se prestaban fuera de la jornada de trabajo en el que debía estar atento al llamado de la empresa ante una eventual emergencia, por lo que el trabajador sabía que podía estar en Bogotá o en su sabana, y si era requerida la prestación de su servicio se lo llamaba y recogía en el sitio en donde se hallara, precisando en todo caso que si no podía asistir al turno o se demoraba en llegar a la ubicación de la contingencia, la compañía contactaba a otro trabajador, además que los turnos de disponibilidad laborados le eran remunerados como horas extras contadas desde el momento en que se le recogía y hasta que se dejaba nuevamente al trabajador en su casa o el sitio que dispusiera. Mientras que el demandante FELIX ANTONIO PACHÓN MELO confesó que a él lo programaron un día a la semana o dos días al mes, contando con la posibilidad de desplazarse dentro de la ciudad a la espera de la llamada por parte de la sociedad en los turnos de disponibilidad, la cual le era cancelada como horas extras desde que lo recogían hasta que lo llevaban nuevamente a su residencia, habiendo estado en terreno y algunas veces en las instalaciones de la empleadora, debiendo él diligenciar un formato para acceder al pago de los turnos, pagos que si le eran tenidos en cuenta para la liquidación de sus prestaciones, que a partir de 2013 hubo cambios en los turnos pero siempre le cancelaron el tiempo que estuvo en la oficina entre semana, nunca tuvo un llamado

de atención por no atender las llamadas pues siempre estuvo atento de las mismas y que habían tres personas disponibles de su mismo perfil entre los que se rotaban dichos turnos, como su cargo era de Tecnólogo de función rural en la ciudad de Bogotá las actividades administrativas las adelantaba directamente en la oficina y en terreno en los turnos de disponibilidad.

Corolario de lo anterior, resulta palmario para la Sala qué, si bien al demandante se le programaron turnos de disponibilidad, de ningún modo ello le representó la imposibilidad de desarrollar actividades de índole personal, familiar o social, máxime cuando el mismo confesó que teniendo la opción de movilizarse por toda la ciudad, permaneció en su residencia⁸ y no asistió a eventos, situación de la cual se puede establecer diáfamanamente, que el hecho de encontrarse programado en un turno de disponibilidad de ninguna manera le comportó una prohibición de desplazamiento al punto de traducirse en negación de sus libertades, ya que bien lo podía emplear en las actividades que quisiera, siendo de su conocimiento las fechas de los turnos programados de disponibilidad en los que, de ser requeridos sus servicios, la demandada a través de un llamado solicitaría de los mismos, por lo que estar en su hogar obedeció más a una decisión suya que a una instrucción que le fuese dada por la enjuiciada, y si bien se informó que el demandante debía permanecer dentro de la ciudad de Bogotá o cerca al perímetro urbano de la misma, es apenas lógico tal situación en atención a las calidades profesionales de su cargo y la naturaleza del servicio prestado por la demandada.

Por lo hasta aquí reflexionado, dado que el promotor de esta actuación no acreditó la efectiva prestación personal del servicio en los turnos de disponibilidad que reclama en la apelación, carga que le incumbía en atención al art. 167 del CGP⁹, al haber confesado que las horas en las cuales si hubo se le reconocieron previo el diligenciamiento de formatos, siendo además tenidas en cuenta en la liquidación de las prestaciones y demás derechos, es dable afirmar por esta Sala que no se advierten los yerros por él aducidos en cuanto a la apreciación de las pruebas aportadas dentro del plenario, ya que, del análisis de todas ellas, se

⁸ 23:08”.

⁹ Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

arriba a la indefectible conclusión que fuera adoptada en el fallo atacado, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Atendiendo el resultado desfavorable del recurso correrán las costas 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, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

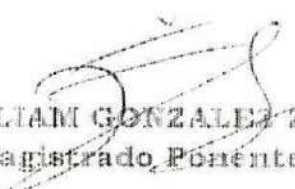
RESUELVE

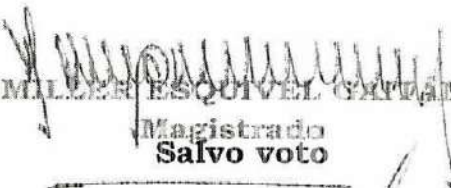
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por FELIX ANTONIO PACHÓN MELO en contra de CODENSA SA ESP., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

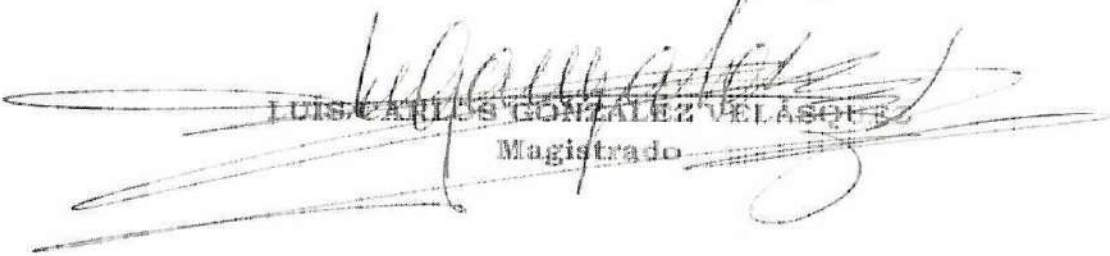
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$908.526°. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
Salvo voto


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELASCO
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105028201800588 - 01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ STELLA AYALA PALACIOS
EN CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

En Bogotá D.C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **LUZ STELLA AYALA PALACIOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a al Dr. ALEJANRO MIGUEL CASTELLANOS LÓEPZ como apoderado de PORVENIR S.A., así como a la Dr. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTS como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes de folios 133 vto -156 y 162-172, respectivamente.

ANTECEDENTES

LUZ STELLA AYALA PALACIOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que previa declaratoria de la nulidad o ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS se le tenga como válidamente afiliada al primero de dichos regímenes, ordenando a la AFP el traslado de sus aportes existentes en la cuenta individual junto con los rendimientos, así como lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 22 de marzo de 1962, cotizó 1.573 semanas en el sistema general de pensiones, al trasladarse del RPMPD al RAIS no recibió información necesaria, suficiente y oportuna de las características y diferencias entre ellos por lo que se trasladó el 22 de septiembre de 1997 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 4 de agosto de 2017 solicitó su afiliación a COLPENSIONES quien la negó, el 5 de diciembre de 2017 solicitó a PORVENIR S.A constancia de la información que le fuera suministrada al momento de su traslado obteniendo respuesta el 11 de diciembre de 2017 en la que se le indicó que era ella quien debía velar por sus intereses, y el 17 de mayo de 2018 solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado, cuya respuesta fue negativa. (Fls 2-7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con su afiliación a cada una y las solicitudes elevadas junto con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (fls 94-104).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. (Fls 64-73).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de noviembre de 2020, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió; declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional con fecha 22 de septiembre de 1997 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y en consecuencia, válida la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenar a PORVENIR S.A a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante; condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación de ésta en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación así:

AFP POVENIR S.A., porque no comparte las consecuencias jurídicas dadas a la ineficacia aplicada en sentido estricto, toda vez que las cosas vuelven a su estado original, sin que deban, por tanto, ser restituidos los frutos financieros, además que nunca existió un acto de mala fe por parte de la entidad, pues fue cierto que el ISS se iba acabar, que podía pensionarse con una edad inferior y con un monto superior si realizaba aportes voluntarios, por lo que no debe devolver los gastos de administración y los frutos financieros, y en todo caso la excepción de prescripción estaba llamada a prosperar frente a dichas restituciones.

COLPENSIONES, porque debe tenerse como válido el traslado al RAIS, pues de lo contrario se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, amén que pese a su prolongada permanencia en el RAIS no realizó actos para trasladarse.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el correspondiente traslado las partes el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., solicitó al tribunal la revocatoria de la sentencia para que en su lugar se absuelva a dicha demandada de todas las pretensiones, para lo cual reitero los argumentos expuestos en el recurso de apelación, toda vez que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento. Por su parte la demandada COLPENSIONES insistió en su absolución, pues en ningún momento se logró observar vicio en el consentimiento, no siendo razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información de acuerdo al Art 167 del CGP. Por último, el apoderado de la parte demandante guardó silencio.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si se saneo la nulidad por a permanencia de la demandante en el RPMPD, **iii)** si es procedente no ordenar el pago de los frutos financieros ni la devolución de los gastos de administración, por los efectos que produce la declaratoria de ineficacia **iv)** si la sentencia afecta la estabilidad financiera de COLPENSIONES, y **v)** si operó la prescripción. Ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 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 el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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”. (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar 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, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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 N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, 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 del 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. (Negrilla fuera de texto).

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 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 el fondo 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 de punta 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 que milita en el informativo se observa que a folio 75 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A diligenciado el 22 de septiembre de 1997, con fecha de efectividad del 1º de noviembre de ese año, lo cual también se acredita con el certificado expedido por ASOFONDOS (fl 76), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente recibió interrogatorio de parte de la demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, no confeso haber recibido la información requerida de lo cual también dieron cuenta los testigos Hector Pachón Beltrán y Marlen Gil

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A antes HORIZONTE S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró

demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ STELLA AYALA PALACIOS asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior 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.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto PORVENIR S.A antes HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 RPMPD, e igualmente 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 activa a HORIZONTE CESANTÍAS Y PENSIONES S.A hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 22 de septiembre de 1997, con fecha de efectividad del 1º de noviembre de ese año 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es el tema de apelación, en cuanto al reintegro de valores recibidos por la AFP a título de gastos de administración, la Sala se considera relevada de pronunciamiento por la potísima razón que en el fallo recurrido no se dispuso dicha orden, ya que en estricto sentido allí se condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, *“sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ STELLA AYALA PALACIOS”*, luego, carece de sustento tal inconformidad, no siendo dable por este Tribunal pronunciarse frente a un aspecto que no fue objeto de condena ni de apelación por la parte interesada, y tratándose de los frutos financieros habida cuenta que sí fue

ordenada su restitución, basta indicar que, contrario a lo por él indicado, sí es procedente al ser precisamente uno de los efectos de las devoluciones mutuas. Y es que por sabido se tiene que los efectos que trae la declaratoria de la nulidad del traslado son los previstos en el artículo 1746 del Código Civil, esto es, que las cosas deben volver a su estado inicial, como si el traslado de la demandante a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. nunca se hubiese dado. Así lo expuso, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2877-2020 proferida el 29 de julio de 2020 por la Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en los siguientes términos;

“...En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente a la demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por cuanto la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. 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

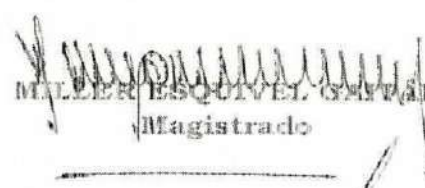
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LUZ STELLA AYALA PALACIOS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

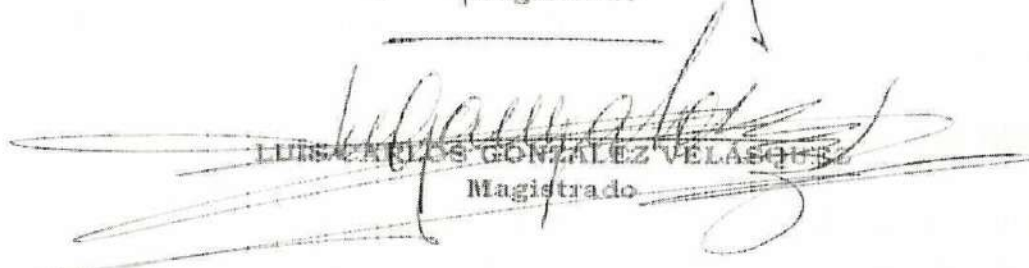
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526, para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ TULUAGA
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

Proceso: 110013105032201700081-01

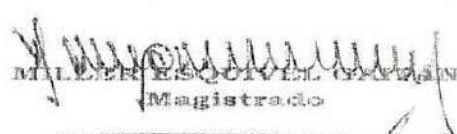
En Bogotá D.C. a los treinta (30) días de noviembre de 2021, día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

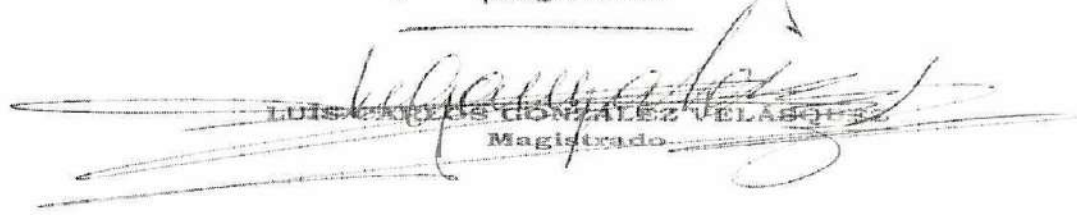
AUTO

Previo a proferir la sentencia, en cuanto a la solicitud elevada por el apoderado del demandante tendiente a que se practiquen los testimonios no decretados en primera instancia, la Sala se abstiene de acceder a dicha súplica, ya que no se trata de una prueba que habiendo sido decretada oportunamente se hubiera dejado de practicar *“sin culpa de la parte interesada”* como lo prevé el artículo 83 del CPT y SS modificado por el artículo 41 de la Ley 712 de 2001, si se tiene en cuenta que lo que se dispuso en primera instancia fue conceder un término de tres días para que justificaran su inasistencia y como, pese a haber allegado justificación, no comparecieron en la segunda citación y tampoco se solicitó boleta de citación con antelación a la misma, fue por lo que se declaró precluida, no habiéndose presentado ninguna inconformidad en ese momento contra dicha decisión, quedando en firme, lo que de suyo excluye que en esta instancia se acceda a su decreto y práctica.

Notifíquese y Cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

SENTENCIA

Tema: Contrato realidad, jornada incompleta y prueba sociedad de hecho vs establecimiento de comercio.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito e Bogotá, dentro del proceso instaurado por EDGAR STIVEN GUZMÁN IBAÑEZ en contra de YOLANDA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, LAURA PAOLA GÓMEZ VÁSQUEZ y JHON ANDRÉS GÓMEZ VÁSQUEZ en su condición de propietarios del establecimiento de comercio LEÑA VERDE COMIDAS TÍPICAS 2, 3, QC, HC.

ANTECEDENTES

EDGAR STIVEN GUZMÁN IBAÑEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de YOLANDA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, LAURA PAOLA GÓMEZ VÁSQUEZ y JHON ANDRÉS GÓMEZ VÁSQUEZ en su condición de propietarios del establecimiento de comercio LEÑA VERDE COMIDAS TÍPICAS 2, 3, QC, HC para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo verbal vigente del 7 de diciembre de 2012 al 10 de junio de 2016 que terminó por causa imputable al empleador, se les condene de manera solidaria al pago del auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnizaciones por despido sin justa causa, moratoria y por no consignación de las cesantías a un fondo, cálculo actuarial al fondo de pensiones correspondientes a los años 2013 al 2016, indexación, lo que resulte extra y ultra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, indicó que los demandados ejercen la actividad comercial mediante la modalidad de sociedad comercial de hecho “art. 499 del C.C.” denominada Leña Verde Comidas Típicas; el aporte de cada socio en calidad de persona natural es el siguiente: Yolanda Vásquez Rodríguez el establecimiento de comercio Leña Verde Comidas Típicas 2 ubicado en la carrera 43 No. 173 – 98 LC 138 A, la señora Laura Paola Gómez Vásquez el establecimiento de comercio Leña Verde Comidas Típicas Q.C., ubicado en la calle 170 No. 68 – 169 B LC-07 y el señor Jhon Andrés Gómez Vásquez el establecimiento de comercio Leña Verde H.C., ubicado en la AV 19 No.30 – 71 LC 244 de esta ciudad; la actividad principal de la sociedad de hecho es el expendio por auto servicio de comidas preparadas; prestó sus servicios en favor de la sociedad de hecho desde el 7 de diciembre de 2012 hasta el 10 de junio de 2016 con horario de trabajo semanal de 11:30 a.m. a 3:30 p.m., y fines de semana y festivos de 11:30 a.m. a 5:30 p.m.; su último salario

devengado fue de \$1.320.000; cumplía las funciones de mesero, cocinero y parrillero, en las diferentes sedes de acuerdo con las necesidades y disposición de la demandada; fue despedido sin justa causa; no le fueron canceladas horas extras laboradas, prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa. (fls 2-9 y subs.69-79)

CONTESTACIÓN

Notificada la demanda fue contestada por todos los demandados dentro del término, quienes dieron contestación con escrito de folios 45-49, 57-63 81-88 y 151-152, en donde se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, no aceptaron los hechos y propusieron las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción de la acción e inexistencia de la pretendida sociedad comercial de hecho por ausencia de sus elementos esenciales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 5 de febrero de 2019, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar probadas las excepciones de inexistencia de sociedad comercial de hecho por ausencia de sus elementos esenciales e inexistencia de las obligaciones demandadas; absolver a los demandados de todas las pretensiones incoadas en su contra.; y, condenar en costas al demandante incluyendo como gencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación en cuanto: 1) la valoración probatoria, porque el material probatorio dio cuenta de la existencia de una sociedad de hecho observándose los presupuestos para haber sido declarada la unidad comercial; 2) la modalidad con la que se contrató al actor desconoce sus derechos laborales y de la seguridad social, y en general de todos los trabajadores, por cuanto los contratos sólo eran por 3 meses y se les rotaba en los otros establecimientos de comercio; 3) cuestiona el hecho de que si cada establecimiento de comercio era independiente porque tenían al mismo contador y sus empleados también rotaban entre los locales; 4) el actor demostró la prestación personal de sus servicios y el cumplimiento de horario, soportando la pasiva la carga de desvirtuar la presunción del contrato de trabajo; 5) de no declararse la sociedad de hecho son 3 los empleadores que deben responder solidariamente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez se corrió el traslado correspondiente las partes guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a esta Sala establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo y, en consecuencia le asiste derecho al demandante en el reclamo de sus acreencias laborales, con especial énfasis en la valoración probatoria realizada por el A quo, debiéndose determinar, en caso afirmativo, si la parte demandada debe responder como sociedad de hecho o en su defecto, cada uno de los demandados de manera solidaria; lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y 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 1º 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.).

Pues bien, en relación con la prestación personal de los servicios por parte del actor en favor de los demandados, si bien es cierto en la contestación de la demanda éstos aceptaron que, en efecto, se desempeñó como mesero en sus instalaciones, negaron que tal labor hubiese sido de carácter permanente, ya que hacía turnos esporádicamente y dependiendo de la carga académica algunos fines de semana, cancelándole una vez finalizaba el turno la suma de \$5.500 la hora que variaba si era sábado, domingo o festivo, sin que fuera rotado por necesidad y disposición de ellos, ya que los diferentes negocios no son en sociedad sino que pertenecen a 3 personas distintas, siendo que los turnos se le concedían porque era él quien los solicitaba dejando a veces pasar temporadas de 2 o 3 meses, e incluso les comentó que saldría del país.

Bajo tal entendido, en aras de verificar las circunstancias de tiempo modo y lugar en la que aduce el actor desempeñó las labores de mesero, cocinero, parrillero y administrador en los diferentes restaurantes de propiedad de los demandados, se remite la Sala a la valoración de las pruebas que militan en el expediente, la que en tal sentido se contrajo exclusivamente a la prueba declarativa.

Así, en cuanto a los testigos, éstos relataron lo siguiente: **JORGE EMMANUEL MORENO VASQUEZ**, administra local de Línea Verde, es sobrino de la señora Yolanda y administró en Ecoplanta, refiriéndose al actor precisó que iba los fines de semana como mesero a Hayuelos o San Cayetano, esto es, solo los sábados o los domingos, como para 2012 el propio demandante fue quien le contó que estudiaba contaduría y entrenamiento físico, no lo vio trabajando entre semana, eh le canceló el turno cuando trabajó con él le pagaba el día la verdad es que iba cuando quería no pedía permiso muchas veces manifestaba que tenía paseos u otros compromisos, los locales estaban a nombre de cada uno de sus propietarios esto es de la señora Yolanda del señor Jhon de la señora Laura, era el actor que llamaba si quería trabajar, en su caso el horario usualmente era de 11:30 a 9:00 pm, y cómo era administrador le dio órdenes directas sobre el servicio al cliente y sobre aseo si tenía alguna falta en su caso era Yolanda la que se entendía con él en cuanto a las consignaciones niega que el demandante las hubiera hecho ya que él era el que se encargaba de tal gestión en cuanto a las rotaciones a diferentes

locales de propiedad de los demandados sabe y le consta que se hace con la suscripción previa del respectivo con contrato con cada uno de ellos, estado aproximadamente 8 meses en la carrera 30, siendo que cada local es el que se encarga de pagar de manera directa a sus trabajadores, informó que conocía quién iba a prestar el servicio del turno porque la señora Yolanda le informaba a través de una malla de turnos quién era el que trabajaría el próximo domingo en su caso, comenta que duró como 2 años de administrador en San Cayetano aproximadamente entre 2002 y 2014 en Hayuelos estuvo con como administrador en 2011 y en las 170 estuvo muy poco como 2 o 3 meses todos esos locales de propiedad de la señora Yolanda. Por su parte, **OVER CORREA SÁNCHEZ**, indicó que trabajó para los demandados desde mediados de octubre de 2013 aproximadamente por un año y medio, que la señora Yolanda fue quien lo contrató y por eso sabe que el demandante hacía turnos de mesas los fines de semana y cada turno de 2 o 3 horas y luego se iba, no lo vio entre semana, eh tratándose de la coordinación de turnos informa que se llamaba a la señora Yolanda para saber si había alguna disponibilidad y tratándose de los puntos de leña verde precisó que está en jumbo en chapinero y en la 170 en el éxito desconociendo si Edgar prestó servicios en otro local distinto al de las 170, reiterando que sólo hacía mesas esto es acaba platos de la barra a la mesa fue el propio demandante quien le dijo que estudiaba contaduría y otra carrera sabe que este bien así a otras actividades y viajaba, referente a los dueños del local en su caso trabajo con la señora Yolanda en las 170 quien además tiene otros 2 locales en los éxitos informa que debe ser siempre empleado de planta como él fue contratado, aclaró que Steven muchas veces no llegó como 3 ocasiones, y al igual que él trabajo los fines de semana. Entre tanto, **MELBA PATRICIA CAICEDO**, narró que el jefe de cocina hace como cuatro años la contrato la señora Yolanda, en su caso tiene un contrato a término fijo empezó con Laura por 1.1 contrato a término de un año luego con John también con un contrato de un año y ahora con Yolanda y es la rotante, frente Steven indicó que estuvo de mesero en San Cayetano en jumbo de la 170 y en Hayuelos, aclarando que en los locales que no se requiere contrato hay meseros de turno, eh tratándose de permisos no lo vio directamente sino por lo que el demandante le comentó que pedirá permisos siempre ella se ha dedicado a la cocina nunca vio al señor Esteban laborando entre semana ni como parrillero ni como administrador, no sabe cuáles locales son de cada uno de los demandados cuando trabajó en los otros locales ellos la contrataban y le pagaban esto es y lo de en los de propiedad de cada uno de ellos, precisando en su caso que la figura de Rota antes siempre ha existido, sabes que estoy bien estaba estudiando 2 carreras cuando trabajaron los 2 y que viajó no porque tuvieran un contacto directo sino porque escuchaba lo que este conversaba con sus compañeros de trabajo, en cuanto a los trabajadores de turnos informa que a ellos les dan la oportunidad de trabajar por 3 o cuatro horas lo que no acontece con los parrilleros los administradores o los cocineros y por ello sabe que el demandante iba como 3 o cuatro días muchas veces iba el sábado pero no el domingo o lo contrario y eso pasó en varias ocasiones, y tiene claro que el cargo que

desempeñó el actor fue el de mesero y que le pagan por horas en cuanto a permisos alguna vez vio que cuando él llegaba tarde simplemente decía que porque estaba haciendo un proyecto o estudiando en la Universidad. A su vez, **BLANCA FERNANDEZ**, contó que fue empleada de los demandados desde 2010 siento que para la fecha de la declaración y la relación que tenían era que ya les prestaba asesoría contable y es la encargada de la nómina y también hace auditorías, circunstancias por las que sabe que si ven trabajo como mesero, que los demandados tienen establecimientos de Comercio todos independientes que cada local o cada establecimiento contrata a las personas para el lugar en el que van a prestar sus servicios estas en su caso ella trabajó para los 3, que el demandante no trabajaba de manera continua que se le pagaba por turnos de cuatro horas generalmente los cuales desarrollaban los fines de semana usualmente en el horario de 12 de la tarde a cuatro de la tarde o de una de la tarde a 5 de la tarde, respecto de la malla de turnos precisó que en la misma se usa para el personal fijo o de planta más raros no para que trabajan por turnos y sabes que estas personas son vinculadas a través de contratos de 3 meses renovables pero esa figura de contratación no se utiliza para los que trabajan por turnos sino que es para los vinculados por contrato a término fijo de planta, que el turno más que todo lo maneja el administrador del punto y consiste en que el actor llamaba a los fines de semana para averiguar la disponibilidad, sabe que él estudiaba contabilidad y entrenamiento físico y que no hubo continuidad en su labor de ahí que no podía contarse con ellos de manera general, como auditora sabe que se presentaron inconsistencias y por algunos malos manejos sin algunos puntos pero lo que sí tiene claro es que el pago por turno prestado se realizaba a través de un recibo de caja y Así mismo era que se llevaba la contabilidad, tratándose de las rotaciones indicó que los trabajadores celebran un contrato reiterando que se trata de trabajadores fijos y de hace es que cada establecimiento de Comercio es independiente al punto de que llevan cada uno su contabilidad hacen sus compras y hacen sus contrataciones, en relación con la malla de turnos señaló que sólo para personal fijo donde el administrador sabía a quién iba a programar, y el pago de los trabajadores por turnos y en general de los de planta lo realiza cada punto de venta, en cuanto a trabajo en cajas o parrilla no niega que pudo haber realizado alguna vez un turno y hasta pudo haber trabajado en alguna temporada como el día de la madre o cualquier otra de ellas. Y **SAID PACHECO**, refirió que es el contador que les lleva la contabilidad hace como 15 años a los demandados como propietarios de restaurantes, a cada uno le lleva la contabilidad independientemente porque tienen un Nit, declaran impuestos, contratan y tienen diferentes nóminas, blanca les ayuda con esa parte de nóminas y es quien les hace también los contratos de trabajo sabes que se hacen turnos pero no que se celebren contratos de trabajo para esos trabajadores, en los registros contables se registran las personas que hacen turnos a través de los comprobantes de caja menor, por eso puede tener certeza de los pagos para lo cual se apoya con programas de contabilidad los cuales emiten la fecha y datos del comprobante, no conoce al señor Steven, los establecimientos están

constituidos legalmente no presentando las características de una misma sociedad.

En la misma orientación, con los interrogatorios de parte rendidos se obtuvieron las siguientes confesiones: la señora **YOLANDA VÁSQUEZ RODRIGUEZ**, aceptó que tiene varios restaurantes, que fue el demandante quien la llamaba para pedir los turnos de mesas con una disponibilidad de 3 o 4 horas los fines de semana, yendo a veces 1 o 2 días, que si bien pudo haber trabajado desde el 7 de diciembre de 2010 hasta el 10 de julio de 2016 lo cierto es que no lo hizo de manera continua sino de forma esporádica, que frente al nombre de leña verde de los restaurantes sus hijos lo que tienen son franquicias con distintos nombres y Nit, que el actor prestó sus servicios en los diferentes locales prefiriendo el de las 170 en el norte, que sus funciones eran las de tomar el pedido y llevar la bandeja pues siempre fue mesero, que usualmente la llamaba a ella o alguno de sus hijos y ellos le decían si había o no disponibilidad en sus locales, aclarando que no son socios, por eso por eso el manejo de personal lo hacía cada establecimiento de manera independiente así como el pago cuando se acaba el turno. **JHON ANDRES GOMEZ VÁSQUEZ**, confesó que el actor trabajó como mesero por turnos de cuatro horas en su local, de forma intermitente, que de planta tiene 3 trabajadores: el cocinero, el parrillero y el administrador a quienes vínculo a través de contratos de trabajo, numero de trabajadores que igualmente se encuentran de manera permanente en cada uno de los otros restaurantes de sus familiares, sin que entre ellos exista una sociedad que se llame leña verde, que cuando le prestó el turno le pagó por la hora la suma de \$5.500, conociendo que el actor prestó sus servicios en otros locales. **LAURA PAOLA GÓMEZ VÁSQUEZ**, admitió que el actor trabajó en algunas ocasiones los fines de semana en el local de su propiedad donde le pagaba por horas laboradas, aproximadamente cuatro horas por cada turno, que él laboraba cuando quería ya que no era obligación, pues era él quien llamaba usualmente los viernes y preguntaba si había disponibilidad, no habiendo trabajado entre semana y por eso junto con su hermano y su señora madre se llamaban y averiguaban si alguno tenía disponibilidad en su local, y en el mismo sentido, si él no tenía tiempo no había ningún problema, señalando respecto de Leña Verde que es una marca y cada uno tiene su local. Y el demandante **EDGAR STEVEN CUZMAN IBAÑEZ**, admitió que comenzó a estudiar dos carreras en un horario de 7 am a 12 am y entre semana como en el año 2011, que trabajó en los Yumbos, que sí se enteró que cada local era diferente dueño, que hacía el turno y se le pagaba, que no firmó contratos para vinculación por turnos ni constituyó pólizas, que contaduría era nocturno y el entrenamiento deportivo era diurno (de 7 a 12 o de 7 a 11), lo cual le permitía trabajar en los puntos en los locales desde las 11:30 u 11:45, que conoció que el local de Laura era el de la 170, el de John era el de Yumbo de la carrera 30 y que de Yolanda eran los otros.

Pruebas de las que es dable concluir que el actor, en contraposición a su

dicho, no laboró de forma permanente y continua en los distintos establecimientos de comercio de propiedad de los demandados, limitándose la prestación de sus servicios a trabajos por horas, o como lo denominaron las partes “por turnos”, al punto de que era él quien debía llamar a verificar si había disponibilidad para el fin de semana y si no llamaba no pasaba nada, aceptando expresamente que cada “turno” ejecutado le era remunerado, amén de que tampoco fue una actividad de todos los fines de semana y en un mismo horario y por la misma intensidad (2, 3, 4 horas), a lo que se suma que si bien pudo haber desempeñado otras labores, como lo indicó alguna de los testigos, ninguno de ellos dio cuenta del lugar y la fecha cierta en la que desarrolló la labor, circunstancias que se tornaban necesarias si lo pretendido era el reconocimiento de una relación laboral con todos los convocados a juicio o alguno (s) de ellos.

Entonces, pese a que se pudo evidenciar que el demandante ejecutó una actividad que no resultaba ajena o extraña a las labores propias de los establecimientos de comercio de propiedad de los demandados, como lo era el de mesero, esto es, se halló acreditada la prestación personal del servicio, no por ello operó en su favor la presunción prevista en el artículo 24 del CST, ya que dentro de esa prestación personal del servicio también le correspondía demostrar la forma de su ejecución, para el caso particular, el número de horas laboradas, lo que no hizo.

Tenga presente la censura que aun cuando con los certificados expedidos por el contador público de los distintos establecimientos de comercio de Jhon Gómez, Yolanda Vásquez y Laura Paola Gómez que, en su orden, militan de folios 171, 174 y 177 es dable colegir las fechas y los valores que por concepto de turnos le fue cancelado al demandante por parte de todos y cada uno de los demandados, de manera independiente, tal información resulta insuficiente para efectos de poder liquidar las prestaciones sociales a que tendría derecho, ya que es presupuesto para su cálculo establecer el número de horas exacto laborado, pues al tratarse de una contratación de jornada incompleta (Art 197 del CST)¹, no es dable tomar cada fecha allí registrada como un día de jornada ordinaria² efectivamente laborado, máxime si se considera que cada una de ellas presentó variación en el monto pagado, lo que de contera imposibilita establecer si fueron “turnos” de 2, 3 o 4 horas y, sobre esa base, determinar una jornada completa de 8 horas que permitiera realizar las operaciones correspondientes, las cuales, como es sabido, requieren que se cuente con información precisa de los “días” realmente trabajados -días entendidos como jornada completa, es decir, como el tiempo que se dedica al cumplimiento de las funciones en el horario máximo legal, incluido el

¹ ARTICULO 197. TRABAJADORES DE JORNADA INCOMPLETA. Los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, cualquiera que sea la duración de la jornada.

² El Art. 161 del CST establecía que la jornada ordinaria de trabajo máxima era de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, no obstante, la Ley 2101 de 2021 redujo la jornada laboral máxima semanal de forma gradual, de 48 a 42 horas semanales sin disminuir el salario ni afectar los derechos adquiridos de los trabajadores, las cuales podrán ser distribuidas de común acuerdo entre el empleador y el trabajador en 5 o 6 días a la semana, garantizando siempre el día de descanso.

trabajo suplementario, y no como una simple fecha calendario-. Carga probatoria que al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP³, soportaba la parte actora.

Y es que en lo que interesa a la clase de vinculación que ató a las partes, sea lo primero resaltar que el ordenamiento Colombiano no contempla la contratación de trabajadores por “horas”, de ahí que con el objeto de solucionar las controversias que se susciten con ocasión de relaciones laborales por duración inferior a la jornada ordinaria, como acontece en este caso, deba acudirse a la reglamentación prevista en el Artículo 197 del CST, toda vez que el término de jornada se interpreta como un tope máximo sobre el cual no puede contratarse a un empleado por un horario superior a este, sin que se constituya como impedimento para la estipulación de un contrato individual de trabajo que suponga el desempeño de una labor en un tiempo inferior al límite máximo, atendiendo las necesidades del empleador, pero eso sí con los mismos derechos, prestaciones y garantías que un trabajador con una jornada ordinaria de trabajo, sólo que en proporción a la duración de su labor, habida consideración que así como se reglamentó un límite máximo de jornada de igual modo se estableció un límite mínimo de contraprestación económica (SMLMV), el cual también sirve de parámetro proporcional para remunerar al trabajador que labore un número de horas menor al máximo legal, salvo, claro está, estipulación entre las partes que contemplen mayores beneficios.

En tal orden de ideas, el hecho de no poderse fijar los periodos (jornada) en los que el demandante realmente prestó sus servicios personales a cada uno de los demandados, imposibilita declarar la existencia de un único o de varios contratos de trabajo, lo que impone la confirmación de la sentencia de primera instancia al pender todas las pretensiones de dicha declaratoria.

Y es que aun cuando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tiene sentado que cuando no se conocen con exactitud los extremos de la relación laboral, pero se conoce el mes o el año, para el extremo inicial se debe tener en cuenta el último día del respectivo mes o año, para el extremo final el primer día, según corresponda (SL3085-2019, Radicación No. 59757 del 30 de julio de 2019); es presupuesto innegable para la aplicación de esa presunción acreditar

³ Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

que la labor se hizo de manera personal y continua en el lapso que se dice laborado, situación que aquí no se observó por tratarse de un trabajo de jornada incompleta y discontinuo, no interesando para los anotados propósitos la clase o modalidad de vinculación que sostuvieron los demandados con sus otros empleados con quienes celebraron contratos, según lo informado en la prueba declarativa, a término fijo, como tampoco si existía rotación de ellos entre los establecimientos, lo que por demás quedó desvirtuado ya que fueron los mismos testigos los que indicaron que era cierto que habían trabajado con varios de los convocados a juicio, no obstante, previamente suscribieron contratos con ellos.

Sin perjuicio de lo hasta aquí reflexionado, no sobra precisar en relación con el otro punto objeto de apelación, que la solicitud de declaratoria de una sociedad de hecho se muestra a todas luces improcedente no sólo porque no es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, sino porque las pruebas documentales legal y oportunamente allegadas por las partes, como lo fueron los certificados de existencia y representación legal de los diversos establecimientos de comercio de propiedad de los demandados, no fueron tachados ni refutados de falso y por tanto dan fe de lo allí expresado, naturaleza jurídica que también fue confirmada por el testigo contador que lleva la contabilidad de cada una de ellas, cuyo testimonio tampoco fue cuestionado oportunamente.

DE LAS COSTAS

Atendiendo las resultas del recurso de apelación estarán a cargo del demandante. 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

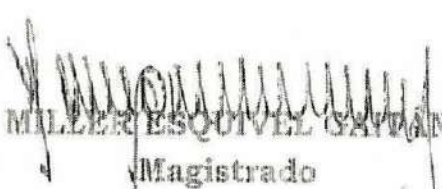
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de febrero de 2019, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por EDGAR STIVEN GUZMÁN IBÁÑEZ en contra de YOLANDA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, LAURA PAOLA GÓMEZ VÁSQUEZ y JHON ANDRÉS GÓMEZ VÁSQUEZ en su condición de propietarios del establecimiento de comercio LEÑA VERDE COMIDAS TÍPICAS 2, 3, QC, HC., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$600.000°. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
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: 110013105006201700752-01

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, 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: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - REINTEGRO O SUBSIDIARIAMENTE INDEMNIZACIÓN DEL ARTICULO 26 LEY 361 DE 1997.

SENTENCIA

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 1º de marzo de 2019 por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIA ALEJANDRA HERRERA VEGA en contra de la sociedad INVERSIONES IBERO CARIBE SAS.

ANTECEDENTES

MARIA ALEJANDRA HERRERA VEGA promueve demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad INVERSIONES IBERO CARIBE SAS para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 28 de agosto de 2007 hasta el 5 de abril de 2017, el cual terminó unilateralmente la demandada de forma ilegal y sin justa causa con ocasión de la patología que adquirió durante su ejecución, denominada tendinitis de flexo extensores de muñeca izquierda, calificada como enfermedad laboral, sea condenada a reintegrarla a un cargo de igual o mayor categoría, sin solución de continuidad desde el día 28 de agosto de 2007, junto con el reconocimiento y pago de salarios causados desde la anotada fecha y hasta su efectivo reintegro, así como las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios, las vacaciones y los aportes a seguridad social, la

indexación, lo que resulte ultra y extra *petita* y las costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria solicita el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por la cancelación del contrato de trabajo sin autorización del inspector de trabajo, lo cual no contradice con la declaratoria de ineficacia del despido por ser una sanción diferente y adicional.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el día 28 de agosto de 2007, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para desempeñar el cargo de auxiliar administrativo II, con una asignación salarial inicial de \$686.000, posteriormente en el cargo de supervisora, cumplió con las labores asignadas, durante la ejecución del contrato adquirió la patología tendinitis de flexo extensores de muñeca izquierda, calificada como enfermedad laboral por lo que le prescribieron terapias físicas y recomendaciones médicas, el 5 de abril de 2017 le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa cuando se encontraba en tratamiento médico por la dificultad para digitar y con restricciones para alzar peso, adormecimiento constante en su brazo izquierdo y la pérdida de fuerza, siendo que al momento de su retiro se le emitieron recomendaciones para el control periódico en la EPS y ARL pero las entidades de seguridad social dejaron de prestar el servicio luego de la terminación del vínculo y su última remuneración fue la suma de \$1.670.000.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada Inversiones IBEROCARIBE SAS, con escrito de folios 72 a 82 se opuso a la mayoría de las pretensiones salvo las relacionadas con la existencia del contrato laboral, aceptó los hechos relacionados con el cargo desempeñado como supervisora, las recomendaciones que se le entregaron, el valor del último salario devengado y la terminación sin justa causa con el pago de la indemnización correspondiente, negando los demás hechos. Propuso las excepciones de Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1º de marzo de 2019, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de las pretensiones y condenó en costas a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación porque, contrario a lo señalado por la A

quo, la libelista sí era un sujeto de especial protección constitucional, toda vez que su limitación fue causada por la enfermedad profesional soportada en el diagnóstico a partir de la cual se otorgaron unas recomendaciones médico laborales de carácter definitivo, conforme al seguimiento que realizó Colmena Seguros de fecha 13 de octubre del año 2015 (fl 48), donde se pronunció sobre la condición funcional actual, dio indicaciones, requerimientos y otorgó un concepto respecto a las limitaciones de la trabajadora ordenando al empleador continuar con el seguimiento, limitándose éste a indicar que para la fecha de terminación no presentaba incapacidades, pero las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta gozan de estabilidad laboral reforzada, como así mismo y en reiteradas ocasiones lo ha determinado la Corte constituyendo una discriminación la terminación de su contrato.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido el apoderado de la sociedad demandada insistió en la confirmación del fallo de primera instancia al encontrarse ajustado a derecho pues la actora al momento de la terminación de la relación laboral no se encontraba bajo una circunstancia de debilidad manifiesta, habiendo demostrado con el concepto médico que podía llevar a cabo sus labores con normalidad, sin que las recomendaciones del 13 de octubre de 2015 le otorgaran esa condición por tratarse de recomendaciones generales que cualquier trabajador debe emplear en el desarrollo de sus funciones, no presentando ninguna discapacidad que le impidiera al empleador terminar el contrato.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo indicado en el recurso de apelación, el mismo se centra en determinar si le asiste o no derecho a la demandante dada las patologías que padece, a la estabilidad laboral reforzada, dando plena aplicación a lo dispuesto por la ley 361 de 1997 en lo tocante al reintegro al cargo que venía desempeñando junto con el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha de la terminación de su contrato, para lo cual ha de establecerse en primer término si se encontraba en situación que le permitiera acceder a dicha estabilidad. Y de manera subsidiaria si hay lugar al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACION DE TRABAJO QUE VINCULÓ A LAS PARTES

Con el material probatorio que milita en el expediente se tiene plenamente acreditado que la señora **MARIA ALEJANDRA HERRERA VEGA**, en virtud de un contrato de trabajo escrito a término indefinido, prestó sus servicios personales y subordinados a la sociedad **INVERSIONES IBEROCARIBE SAS.**, durante el período comprendido entre el 28 de agosto de 2007 y el 5 de abril de 2017, cuando terminó por decisión unilateral del empleador, desempeñando como último cargo el de supervisora y recibiendo como último salario la suma de \$1.670.000, hechos aceptados en la contestación de demanda respecto de los cuales no hubo discusión alguna y se corroboran con el certificado laboral, los contratos de trabajo, la carta de terminación, la liquidación final, las evaluaciones al puesto de trabajo y las recomendaciones medico laborales, entre otros. (fls 21 a 56 y 83 a 132).

DE LA CONDICIÓN DE ESTADO DE DISCAPACIDAD Y LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

Habida cuenta que se aduce que la verdadera causa de la terminación del contrato de trabajo de la demandante fue su estado de salud, forzoso se muestra acudir al ordenamiento legal que regula asunto, cual es la ley 361 de 1997, que en su artículo 5° prevé la forma de acreditación de tal condición de discapacidad de una persona y la calificación de dicho status por parte de la entidad correspondiente, y por ello puntualiza:

“ARTÍCULO 5o. Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.”

A su vez, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 salvaguarda el derecho de las personas discapacitadas para que por esa condición no se les discrimine a nivel laboral, es así contemplando que: *“Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, so pena de ser sancionado a reconocer y paga una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e*

indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo”.

De tal suerte, en aras de determinar si la demandante a la fecha de finalización de su relación laboral con INVERSIONES IBERO CARIBE SAS (5 de abril de 2017) era o no sujeto de la estabilidad laboral reforzada, se remite la Sala a la documental que reposa en el cartulario tendiente a acreditar su condición médica, sobre todo cuando se insiste que para ese entonces presentaba estado de debilidad manifiesta.

Pues bien, milita a folio a folio 45 el documento de fecha 4 de mayo de 2012, mediante el cual la sociedad empleadora puso en conocimiento de la demandante las Recomendaciones análisis puesto de trabajo que la ARP BOLIVAR había elaborado, ello con el fin de mejorar las condiciones de trabajo y minimizar los factores de riesgo, entre otras, pueden leerse allí las de continuidad de los controles médicos, ejercicio y planes caseros, manipulación de cargas inferiores a 2 kilos, evitar actividades que involucraran esfuerzo y las que realice que se hagan por debajo de los hombros, pausas activas cada dos horas; de otro lado, a folio 41 consta el dictamen para la calificación del origen de los eventos de salud elaborado por la EPS Compensar el 11 de julio de 2012, en el que se evidencia que el diagnóstico que motivó la calificación fue el de “Sinovitis y tenosinovitis-no especificada”, cuyo origen se estableció como “Enfermedad profesional”; entre tanto, con la documental de folios 46 y 47 se tiene por acreditado que las recomendaciones antes descritas que habían sido expedidas por ARL fueron expresamente limitadas en su duración por esa misma aseguradora quien determinó un total de días de restricción para cada una de ellas de 365 comprendidos entre el 11 de septiembre de 2013 y el 10 de septiembre de 2014; ahora que con el Concepto médico laboral de fecha 13 de octubre de 2015, emitido por Seguros Colmena de folios 48 51 se evidencia además del seguimiento a la enfermedad laboral que de manera definitiva se realizaron recomendaciones laborales para su cargo como Auxiliar administrativo I, que debían ser acatadas tanto por la trabajadora como por la empresa, es así como se observan para la primera, una rutina de pausas activas en el trabajo y en su casa unas terapias, la posibilidad de manipular objetos con peso menos a 5 kilos, rotación de labores administrativas con las de digitación teniendo en cuenta medidas de higiene postural, uso de las herramientas por tiempos que no excedan 20 minutos continuos (cosedoras- perforadoras), asistencia a citas programadas, reducir las labores de cocina, cumplimiento de las normas establecidas en el contrato y en el reglamento interno de trabajo, mientras que a la empresa se le indicó que la trabajadora podía continuar con las labores de auxiliar administrativo I con énfasis en disminuir los agarres asociados a fuerza y/o torsión de la mano izquierda y/o movimientos repetitivos de la muñeca, no cargas superiores a las del peso señalado, cumplir las recomendaciones, participar en el proceso de rehabilitación y realizar seguimiento periódico; adicionalmente, en la Historia clínica

básica de fecha 6 de octubre de 2015 vista a folio 53, se lee que no le fue ordenada ninguna recomendación laboral pero sí 10 sesiones de terapia física debiendo asistir a un control de fisioterapia a los 3 meses, del que no se aportó constancia de su realización; por otra parte, con la historia clínica fisioterapia –control de fecha 14 de junio de 2017, obrante a folios 55 y 56, se tiene por establecido que el “el cuadro reconocido como laboral está resuelto”; y, finalmente, con el concepto medico ocupacional y la historia clínica de fecha 11 de abril de 2017, que reposan de folios 35 a 40, se aprecia que para ese momento no contaba con incapacidad medica por cuenta de ninguno de los antecedentes patológicos allí registrados (otras sinovitis y tenosinovitis, tendinitis de flexoextensores de muñeca izquierda –tendinitis del bíceps-, asma no especificada, queratocono). Documentos todos ellos que también fueron allegados por la demandada (fls 104-111, 116-120).

Así las cosas, analizados en todo su contexto los referidos medios probatorios permiten concluir que aunque fue calificado el padecimiento de la demandante como de origen laboral, lo cierto es que no presentaba reporte de patologías incapacitantes para el momento del fenecimiento de su vínculo laboral, al punto que nada se indicó en las últimas y definitivas recomendaciones laborales que datan del año 2015, amén de que las restricciones dadas por 365 días finalizaron el 10 de septiembre de 2014, y de la misma manera, las terapias físicas de 10 sesiones, la orden de medicamentos y el control en tres meses fueron ordenados con mucha antelación a la terminación del contrato, desconociéndose el manejo o tratamiento que recibió por parte de la ARL respecto de sus enfermedades de origen laboral pero sí que para ese entonces “ya estaba resuelto”, todo lo cual permite concluir que entre el mes de noviembre de 2015 y el mes de abril de 2017 no se registra enfermedad latente sin tratamiento que la ubique dentro de las personas merecedoras de la protección prevista en la Ley 361.

Y es que tratándose de las patologías por las que acudió en vigencia de la relación laboral con la sociedad demandada ha de recordarse que ***“No es suficiente por sí solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%”***. Tal como lo ha sentado la H. CSJ SL en reiteradas ocasiones, entre ellas, en las sentencias del 25 de marzo de 2009 radicación 35606, del 15 de julio de 2008 radicación 32532, del 25 de marzo de 2009 radicación 35606, del 28 de agosto 2012 radicación 39207, del 30 enero de 2013 radicación 41867, del 14 de octubre de 2015 radicación 53083, del 01 de junio de 2016 radicación 57772, del 29 de

junio de 2016 radicación 42451 y del 25 de enero de 2017 radicación 45314 entre muchas otras.

Por consiguiente son presupuestos indispensables que deben observarse cuando el trabajador pretende la protección contenida en la ley 361 de 1997, en primer lugar, que cuente a) con una limitación moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) severa, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50%; en segundo lugar, que demuestre que el empleador conocía de dicho estado de salud; y por último, que la relación laboral finalizó por razón de su limitación física y sin previa autorización del Ministerio del Trabajo; siendo por tanto de vital relevancia la calificación y clasificación de la severidad del estado de discapacidad de una persona, para considerarse cobijada o beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada.

Lo hasta aquí analizado permite afirmar que para la fecha en que se produjo el finiquito de la relación laboral que unía a las partes, la trabajadora no padecía de enfermedades incapacitantes, sin que las recomendaciones que con antelación le habían sido otorgadas resulten contundentes a efectos de hacerse garante de la protección por estabilidad laboral reforzada, pues como quedó dicho, para el momento del despido no había sido calificada como discapacitada en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997, y menos aún que hubiese sido calificada dentro de alguno de los tres grados de severidad de la limitación antes estudiados, lo que excluye el siguiente requisito contemplado en la norma y desarrollado en la jurisprudencia traída a colación, consistente en que el empleador conociera de su estado de discapacidad a la ruptura contractual.

DEL REINTEGRO PRETENDIDO O EN SUBSIDIO DE LA INDEMNIZACIÓN CONSAGRADA EN EL ARTICULO 26 DE LA LEY 361 DE 1997 Y CONDENA EN COSTAS

En vista que no se encontraron debidamente acreditados los presupuestos que permitirían a la demandante acceder al amparo de la estabilidad laboral reforzada respecto de la sociedad demandada, que la relación laboral pese a que terminó sin justa causa fue debidamente indemnizada como lo dispone el artículo 64 del CST, y que la demandada no estaba obligada a pedir autorización ante el Ministerio de trabajo para tomar tal determinación, obligado resuelta concluir que tampoco le asiste el derecho a la indemnización consagrada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Conforme lo anterior, se CONFIRMA la sentencia apelada.

COSTAS

Atendiendo el resultado desfavorable del recurso de apelación las costas correrán a cargo de la demandante. 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

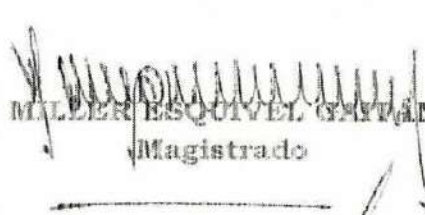
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de marzo de 2019, por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por MARIA ALEJANDRA HERRERA VEGA en contra de la sociedad INVERSIONES IBEROCARIBE SAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante. Fíjese en esta instancia como valor en que se estiman las agencias en derecho la suma de \$500.000. 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: 110013105015201700527-01

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública para proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo- prueba de pagos realizados por la empleadora luego de finalizado el contrato- prelación de créditos.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2019 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARA DEL PILAR CASTAÑO PELAEZ en contra de GATEWAY SOLUTIONS SAS.

ANTECEDENTES

MARIA DEL PILAR CASTAÑO PELAEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de GATAWAY SOLUTIONS SAS., para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 3 de mayo de 2010 hasta el 23 de noviembre de 2016, sea condenada al pago de la totalidad de las acreencias laborales y sanción moratoria de acuerdo al salario actual e incremento salarial al momento de su renuncia, esto es, al pago de \$2.691.667 por cesantías y \$289.803 por intereses a la cesantías por el periodo de enero a noviembre de 2016, \$1.191.667 por prima de servicios del periodo laborado del 1º de julio al 23 de noviembre de 2016; \$837.500 por vacaciones del periodo laborado de mayo 2016 a noviembre de 2016; \$1.226.667 por movilización del periodo laborado de 1º de noviembre al 23 noviembre de 2016, \$2.300.000 por salario del periodo laborado del 1º al 23 noviembre de 2016; \$1.0140583 por valor transaccional de compensación otorgado por la demandada; descontando el valor de \$5.000.000, correspondiente a los abonos realizados en su favor; \$27.800.000 por sanción moratoria y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones indicó en síntesis que, el 3 de mayo de 2010 celebró con la demandada contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de directora de servicio al cliente, su último salario fue la suma de \$3.000.000 mensuales, ejecutó la labor encomendada personalmente, cumpliendo horario y bajo continua subordinación, el vínculo terminó el 23 de noviembre de 2016, en el último año de labores la demandada incumplió reiteradamente con el pago de salarios, pagando atrasado y por cuotas, soportó malos tratos de los clientes por los incumplimientos de su empleadora, tuvo discusiones con su jefe inmediato por el pago de salarios, renunció el 23 de noviembre de 2016; en su liquidación final se le canceló la suma de \$1.014.583, suma transaccional, por concepto de compensación, sin tener en cuenta las comisiones a que tenía derecho, los días 9 de diciembre de 2016, 13 de enero de 2017, 16 de enero de 2017 y 22 de marzo de 2017, la demandada le consignó a su cuenta de nómina \$3.000.000, \$1.000.000, \$500.000, \$500.000, sin que previamente lo hubiera pactado, adeudándole aún la suma de \$4.451.167 por concepto de liquidación final de prestaciones y aunque citó a la demanda al Ministerio de Trabajo y solicitó el pago pendiente no obtuvo respuesta, viéndose afectada por la falta de pago.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pese a la notificación en legal forma de la demandada, por auto de fecha 20 de junio de 2018 se tuvo por no contestada la demanda (fl. 75).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de febrero de 2019, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar la existencia de un contrato de trabajo entre MARIA DEL PILAR CASTAÑO PELAEZ y la empresa GATEWAY SOLUTIONS SAS, iniciado el 3 de mayo de 2010 hasta el 23 de noviembre de 2016, por renuncia de la demandante, en el cargo de Directora de Servicio al Cliente con una asignación mensual de \$3.000.000; absolviendo a la demandada GATEWAY SOLUTIONS SAS de todas y cada una de las pretensiones de la demanda interpuesta por MARIA DEL PILAR CASTAÑO y sin costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante MARIA DEL PILAR CASTAÑO PELAEZ, interpuso recurso de apelación con el propósito que se revoque el ordinal segundo que absolvió de las pretensiones condenatorias de la demanda, pues fue esa parte quien precisamente arrimó al proceso la relación de pagos efectuada por la demandada, por valor de \$15.000.000, de los cuales, los pagos realizados el 20 de febrero y el 28 de marzo de 2017 cada uno por \$5.000.000 correspondieron obedecieron a la obligación derivada de préstamos que le había hecho a la empresa soportados a través de pagaré, siendo entonces \$5.000.000 los cancelados por acreencias laborales

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido ninguna de las partes presento alegaciones.

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

CONSIDERACIONES

Como quiera que punto álgido de la alzada se contrae a determinar si parte de la suma de \$15.000.000 cancelada por la sociedad demandada a la actora obedeció a obligaciones no sólo laborales sino también civiles y sobre esa base, aún existe un saldo en su favor por concepto de salarios y prestaciones sociales, en virtud del principio de limitación y congruencia previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala circunscribirá su estudio a tal aspecto.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue materia de discusión en esta instancia, por ninguna de las partes, la existencia del contrato de trabajo a término indefinido que vinculó a las partes desde el 3 de mayo de 2010 hasta el 23 de noviembre de 2016, que terminó por renuncia voluntaria de la trabajadora, con ocasión del cual ésta desempeñó como último cargo el de Directora de Servicio al Cliente, devengando como última asignación mensual la suma de \$3.000.000, circunstancias de las que igualmente dieron cuenta la liquidación del contrato de trabajo junto con su pago (fls 4-5 y 46-47), carta de renuncia (fl 45).

Pues bien, la A quo soportó su decisión absolutoria frente a las pretensiones condenatorias, en los pagos que observó reflejados en los extractos bancarios de la cuenta de nómina allegados por la propia actora, discriminados así: \$3.000.000 el 9 diciembre de 2016 (fl 60), \$1.000.000 el 13 de enero de 2017 (fl 61), \$500.000 el 26 de enero de 2016 (fl 62), \$5.000.000 el 20 febrero de 2017 (fl 63), \$500.000 el 22 de marzo de 2017 (fl 64) y \$5.000.000 el 28 de marzo de 2017 (fl 64), para un total de \$15.000.000, consignaciones todas ellas respecto de las cuales bien puede concluir esta Sala de Decisión, fueron realizadas por concepto de “pago de nómina” tal y como expresamente se lee en ellos, circunstancia que de suyo contradice lo manifestado por la censura de que algunos de esos pagos tuvieron como causa una obligación civil, ya que dicho origen no se desprende de su contenido, como tampoco de la constancia de transferencia vista a folio 66, que se informa, hizo parte como archivo adjunto del correo electrónico de folio 65 del expediente, el que valga la pena precisar si bien refiere “*cuota febrero 2017-préstamo pdf*”, no incluye el valor al que ascendió el mismo como tampoco su causa, información que se tornaba indispensable si lo pretendido era desconocerlo como parte del pago de la deuda asumida por la sociedad empleadora por acreencias laborales de su extrabajadora MARÍA DEL PILAR CASTAÑO., al punto que el contenido de dicho correo electrónico de lo que da cuenta es de lo siguiente: “*Estimado señor Leonardo: Adjunto copia de la*

transferencia realizada el día de hoy a la cuenta de ahorros de la Sra. María del Pilar Castaño por valor de \$5.000.000 de acuerdo con el compromiso establecido”, de ahí que al desconocerse la existencia misma de la obligación civil así como su cuantía y lo acordado frente a su forma de pago, evidentemente no son de recibo los reproches formulados a la sentencia de primera instancia cuando concluyó que la demandada no solo efectuó el pago de las acreencias adeudadas, sino que incluso se pagó de más.

Ahora, en lo que interesa a la copia del pagaré No. 001 junto con la autorización para el diligenciamiento de los espacios en blanco firmado por la representante legal de GATEWAY SOLUTIONS SAS que militan a folios 58 y 59 del expediente, el cual señala la censura es prueba de la obligación civil contraída por dicha sociedad cuyos abonos por valor total \$10.000.000 se realizaron el 20 febrero y el 28 de marzo de 2017, basta indicar que si bien es cierto no hubo análisis alguno en la sentencia recurrida respecto de dichos documentos, también lo es que no fue tenida como prueba porque, pese a que fue aportada por la parte actora, la señora juez no la decretó como tal, pasándola por alto, decisión que aun cuando fue notificada a las partes en estrados, no se recurrió por ninguna de ellas, luego, no es esta la oportunidad procesal para incorporarla.

Sin perjuicio de lo anterior, aún si en gracia de discusión se valorara el mentado pagaré, a la misma conclusión se arribaría de cara al pago de las acreencias laborales solicitadas en esta actuación judicial, por la potísima razón que fue el propio apoderado de la parte actora quien informó que el documento original hace parte actualmente de otro proceso judicial (fl 57), situación que de suyo imposibilita considerar los pagos realizados a la demandante como satisfactorios de la obligación allí contraída, máxime cuando tampoco se consignó la fecha de la suscripción del pagaré y su valor en ese documento, no siendo el Juez del conocimiento el llamado a llenar los espacios en blanco.

En todo caso, analizada la situación de los pagos efectuados por la demandada a la luz del ordenamiento legal vigente sobre la prelación de créditos, igualmente se podría concluir que las sumas laborales adeudadas a la actora por valor de \$8.537.230 se hallaron plenamente cubiertas con los \$15.000.000 consignados.

En efecto, el artículo 2495 del Código Civil prevé que hacen parte de los créditos que se encuentran en la primera clase, los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo (subrogado por el art. 36, Ley 50 de 1990). A su vez, el artículo 157 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por la ley 50 de 1990, art. 36, modificó el artículo 2495 del Código Civil al establecer que los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase de créditos preferentes y tiene especial prevalencia sobre todos los demás. Finalmente, en la sentencia T-1033 de 2007 de la Corte Constitucional se trató el tema de la prelación de créditos y en relación con aquella que tienen las acreencias laborales, dijo:

“... Ahora bien, en lo que respecta a la clase de créditos los mismos se encuentran divididos en cinco clases, otorgándose especial preferencia a las cuatro primeras, partiendo de la base que la quinta categoría agrupa los

créditos comunes, cuyo pago depende del remanente una vez cancelados todos los créditos anteriores. En el caso particular corresponde hacer un análisis de la primera categoría señalada en el orden de prelación. Sobre los cuales esta Corporación en sentencia C-092 de 2002 señaló:

“2.1.1. Primera clase de créditos

El privilegio de los créditos de la primera clase tiene las siguientes características: es general, de manera que afecta a todos los bienes del deudor, y personal, pues no se transfiere a terceros poseedores. Estos créditos tienen preferencia sobre todos los demás, las acreencias se pagan en el mismo orden de numeración en que aparecen incluidas en el artículo 2495 del Código Civil, cualquiera que sea la fecha del crédito y, si existen varios créditos dentro de una misma categoría, se cancelan a prorrata si los bienes del deudor no son suficientes para pagarlos íntegramente.

Dentro de esta clase se encuentran los salarios y prestaciones provenientes del contrato de trabajo, las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores, las expensas funerales del deudor difunto, los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor, los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses y los créditos por alimentos a favor de menores y, por último, los créditos del fisco y los de las municipalidades por concepto de impuestos (art. 2495 C.C.).”¹

Así las cosas, la imputación de este pago a las acreencias laborales reclamadas, encuentra justificación no sólo en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia ante el vacío probatorio sobre la obligación civil, sino en la aplicación de la referida normatividad, y la adopción del anterior criterio jurisprudencial, motivo por el cual se confirmara la sentencia apelada.

COSTAS

Atendiendo el resultado desfavorable del recurso correrán a cargo de la parte demandante. La decisión de primera instancia se confirma.

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 26 de febrero de 2019 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por MARIA DEL PILAR CASTAÑO PELAEZ en contra de GATEWAY SOLUTIONS SAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

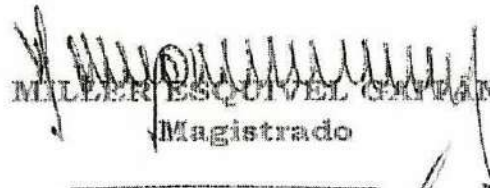
¹ Sentencia C-092 de 2002 MP. Jaime Araújo Rentería.

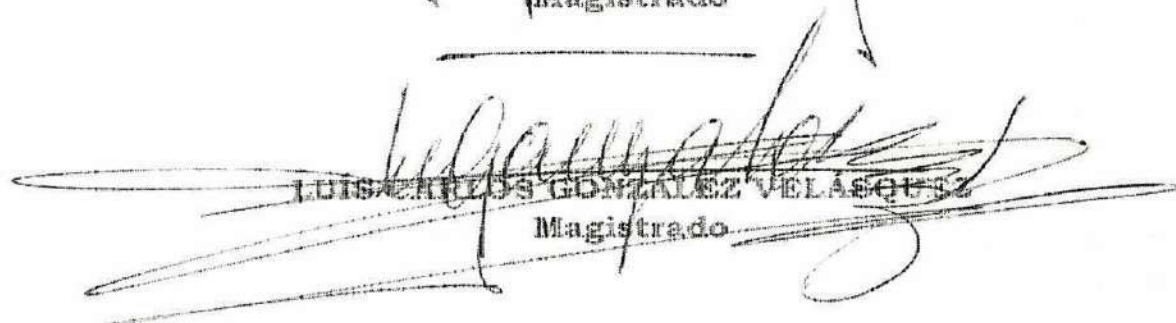
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000. Lo decidido en primera instancia frente a las costas se confirma.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CÁRDENAS
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: 110013105006201600565-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Ius variandi – cambio jornada laboral.

Procede la Sala, a conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante por haber sido adversa a sus intereses la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2018, por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por **DANIEL ANTONIO DUARTE COSSIO** en contra de **INDEPENDENCE DRILLING S.A.**

ANTECEDENTES

DANIEL ANTONIO DUARTE COSSIO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de INDEPENDENCE DRILLING S.A., para obtener el pago de 119 días de descanso laborados entre el 23 de octubre de 2013 y el 5 de noviembre de 2014, junto con los intereses moratorios, desde el 6 de noviembre de 2014 y hasta que se haga efectivo el pago de los días de descanso laborados y dejados de cancelar.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se vinculó a la demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, el 1 de junio de 2013, desempeñando el cargo de jefe de equipo, pactando como remuneración un salario integral, por la suma de \$11.786.628; que, como su trabajo implicaba estar 24 horas al día disponible, ya que, las operaciones de perforación son continuas, las partes pactaron como jornada laboral, un día de trabajo por un día de descanso, 14 días laborados en campo y 14 días de descanso en su residencia de habitación; sin embargo, cuando se encontraba descansando en su residencia, le fue informando que los turnos cambiarían, recibiendo un correo para viajar el 12 de noviembre de 2013, de Bucaramanga a Arauca; que, el 13 de noviembre de 2013, le fue informado por su empleador, que

los turnos cambiarían a 14 días de trabajo por 7 de descanso, para lo cual tenían que firmar un otrosí al contrato de trabajo, con la nueva jornada laboral, a lo que se negó el actor.

Que, ante su negativa de firmar la modificación del contrato de trabajo, continuó laborando en turnos de 14 días de trabajo por 7 días de descanso, a la espera de su despido, sin embargo, a partir del 6 de noviembre de 2014 volvió a la modalidad de 14 días de trabajo, por 14 de descanso; habiendo laborado 17 turnos en la modalidad 14 X 7, dejando de descansar 119 días, que, a la fecha le adeuda la demandada. Informa que, el 5 de febrero de 2015, el contrato de trabajo finalizó por mutuo acuerdo, sin que luego de reclamar el pago de los días de descanso adeudados, haya obtenido respuesta alguna (fls. 5-15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, INDEPENDENCE DRILLING S.A., la contestó oportunamente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, negó la mayoría de ellos, salvo los relacionados con el vínculo laboral existente entre las partes, el cargo y salario del demandante; aclaró que, el demandante, era un trabajador de dirección, confianza y manejo, por lo que se encontraba excluido de la regulación sobre jornada máxima laboral, y que, efectivamente, el 12 de noviembre de 2013, hubo una modificación en la jornada laboral, en virtud de las necesidades propias del servicio y las facultades subordinantes del empleador, sin transgredir los derechos laborales del actor, al tenor de lo establecido en el artículo 165 del CST, sin que, superara en cualquiera de los turnos en que laboró, las 12 horas diarias de trabajo. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, legalidad del cambio de jornada laboral, aceptación tácita del cambio de jornada laboral, buena fe, prescripción, compensación y las demás que se encuentren probadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de diciembre de 2018, el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada, de las pretensiones incoadas en su contra; al considerar que, la variación en la jornada de trabajo del actor, entre el 23 de noviembre de 2013 y el 5 de noviembre de 2014, se encontraba ajustada a lo establecido en el artículo 165 del CST, sin que haya excedido en todo caso la máxima legal.

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 grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo establecido en el artículo 69 del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia, procede la Sala, a establecer si procede el pago de los 119 días de descanso laborados por el actor, entre el 23 de octubre de 2013 y el 5 de noviembre de 2014 o si, por el contrario, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia al absolver a la demandada, de dicha pretensión.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO

No se discute en esta Instancia, la existencia del contrato de trabajo entre las partes, a término indefinido, cuyos extremos temporales fueron del 1 de junio de 2013 al 5 de febrero de 2015, tampoco que el demandante, se desempeñó como jefe de equipo, y que, salario devengado se pactado de forma integral, por la suma de \$11.786.628 (fls. 24-28, 95-99 y 131-169).

DE LA JORNADA LABORAL Y EL IUS VARIANDI

Pretende el demandante, el pago de 119 días de descanso laborados entre el 23 de octubre de 2013 y el 5 de noviembre de 2014, comoquiera que, inicialmente se había pactado con su empleador, una jornada laboral de 14 días de trabajo por catorce días de descanso; sin embargo, de forma unilateral y sin previo aviso, la demandada, decidió modificarla, a partir del 23 de octubre de 2013, a 14 días de trabajo por 7 de descanso, desmejorando con ello sus condiciones laborales, ante la imposibilidad de disfrutar del debido descanso. A lo que se opone la parte demandada, quien asegura que, el actor, era un trabajador de dirección, confianza y manejo, que no estaba sometido a la jornada máxima legal, y que, en todo caso, haciendo uso de sus facultades legales, por necesidad del servicio, varió la jornada laboral, durante un lapso de tiempo determinado, pero, sin exceder de la máxima legal.

Al respecto, disponía el artículo 161 del CST, vigente para la época del contrato de trabajo suscrito entre las partes que *“la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana”*, salvo algunas excepciones. Por su parte, el artículo 165 ibidem, establecía que *“Cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continuada y se lleve a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse en más de ocho (8) horas, o en más de cuarenta y ocho (48) semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un período que no exceda de tres (3) semanas, no pase de ocho*

(8) horas diarias ni de cuarenta y ocho (48) a la semana. Esta ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras”.

Adicionalmente, el literal a) del numeral 1 del artículo 162 del mismo Código, determina que *“1. Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a). Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo...”*

Ahora, al estar en discusión la facultad que tenía la demandada, para modificar unilateralmente el horario de trabajo del actor, resulta pertinente traer a colación, lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto al *ius variandi*, definido como la facultad que tiene el empleador, para *“modificar las condiciones y el lugar de trabajo siempre y cuando ello no signifique un cambio esencial en la materia objeto del contrato, ni una lesión en su honor, dignidad, seguridad y derechos mínimos.”* (sentencia de 12 de junio de 1985, radicación No. 8230).

Es así como esa Corporación, de antaño ha precisado que, el empleador, puede modificar de manera unilateral, entre otros, el horario de trabajo, como se advierte en la sentencia con radicación 6199 del 11 de diciembre de 1980, en la que se puntualizó que:

“El ius variandi de que se habla en la doctrina y en la jurisprudencia, es precisamente el derecho que tiene el empleador, dentro de ciertas limitaciones, a disponer cambios en las circunstancias de modo, tiempo, de lugar, de calidad y de cantidad, que conlleva la actividad laboral. De allí que en ejercicio de esas facultades puede el patrono, con las limitaciones aludidas, ordenar modificaciones, variaciones, alteraciones y cambios, en tareas, horarios, promociones, secciones, traslados, etc”.

A su vez, en sentencia del 21 de noviembre de 1983 con radicación 8521, reiterada el 15 de septiembre de 1986 en la radicada con No. 0272 asentó:

“El ius variandi en sentido propio o restringido, permite al patrono alterar o modificar por decisión suyas aspectos tales como la forma de remuneración, el horario, la función, oficio o puesto laboral, y el lugar o sitio de trabajo. Pero ese derecho empresarial debe atemperarse teniendo en cuenta el claro derecho laboral del trabajador a que su situación no sea desmejorada (el principio de la ‘condición más beneficiosa’), y debe ser de todos modos utilizado -como todo derecho-, no de manera caprichosa ad libitum, sino por razones objetivas, humanas o técnicas, de organización o producción”

Y en la sentencia del 20 de agosto de 1987, radicación 1258 dijo que:

“De esa disposición legal, que armoniza con el ordinal b) del artículo 23 ibidem, se origina el ius variandi que en Derecho Laboral se refiere a la facultad de dirección del patrono, quien en virtud de ella puede, por ejemplo, cambiar las funciones por necesidades del servicio o por falta de trabajo en la ocupación específica, ordenar ascensos, cambios en el horario habitual de trabajo, así como también puede ordenar cambios de lugar en sus dependencias empresariales, en las que se incluyen, como

es lógico, los de población. El trabajador puede oponerse al ius variandi del patrono cuando éste hace uso de ese derecho, con el propósito de perjudicar u ofender al trabajador, de ejercer represalia o persecución contra él, o en suma con móviles de mala fe”

En el presente caso, milita en el plenario contrato de trabajo, a término indefinido, suscrito por partes, el 1 de junio de 2013, en el que de acuerdo con la cláusula tercera: *“EL TRABAJADOR por la naturaleza propia de su cargo a desempeñar es considerado como de dirección, confianza o de manejo, razón por la cual de acuerdo a la excepción prevista en el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, queda excluido de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo”* (fls. 25 y 96).

También se allegaron los tiquetes aéreos de los traslados efectuados por el demandante desde la ciudad de Bucaramanga, hacia la ciudad de Arauca, ente el 17 de julio de 2013 y el 25 de febrero de 2014 (fls. 29-38); una relación de los turnos del actor, desde junio de 2013 a diciembre de 2014 (fls. 41-59), y, los comprobantes de nómina, que dan cuenta del pago de salario y de los descansos remunerados a que tenía derecho el actor (fls. 131-169). A su vez, fue presentado el Reglamento Interno de Trabajo de la demandada, que establece en los parágrafos 1 y 2 del artículo 8, lo siguiente:

*“CAPITULO IV
HORARIO DE TRABAJO
ARTICULO 8...*

PARAGRAFO 1: Los trabajadores operativos o de campo podrán ser programados para trabajar por turnos. En este caso los turnos estarán determinados de acuerdo a la zona en que la empresa tenga operaciones y a las necesidades propias de la industria: en todo caso, los turnos establecidos para este personal no podrán superar la jornada máxima legal y estarán determinados de acuerdo a la normatividad legal vigente.

PARAGRAFO 2: La empresa de acuerdo con las circunstancias, queda facultada en todo tiempo para organizar a sus trabajadores en turnos de trabajo, modificar los actuales y/o cambiar los horarios de ingreso y de salida, cuando las conveniencias o necesidades lo hagan indispensable, ajustando los horarios a la Ley u respetando la jornada máxima legal establecida en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo...” (fl.105)

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala, que, en el presente caso, no fue objeto de discusión que el demandante, era un trabajador de dirección, confianza y manejo, por lo que a las luces de lo establecido en el citado artículo 162 del CST, estaba excluido de la jornada máxima legal, y en todo caso, no desconoció la demandada, que entre el 23 de octubre de 2013 y el 5 de noviembre de 2014, varió la jornada laboral del actor, reduciendo el tiempo de descanso de trabajador, de 14 a 7 días; sin embargo, no se advierte dentro del plenario, que tal determinación haya menoscabado los derechos mínimos del actor, quien si bien se opuso a la firma del otrosí que modificaba la jornada laboral, como él mismo lo indicó en los hechos décimo a décimo cuarto de la demanda (fls 6 y 7), cumplió con el nuevo horario, sin que demostrara los perjuicios causados con ellos; además, el

horario tradicional de trabajo, posteriormente fue restablecido por el empleador, retornando nuevamente a 14 días de trabajo por 14 de descanso, de ahí que, tampoco se advierta por parte de la demandada, mala fe o la intención de desconocer las garantías laborales del actor, pues, como se indicó en el escrito de contestación de la demanda, dicha variación de la jornada de trabajo, se debió a necesidades del servicio, al punto que superada dicha circunstancia, se retomó la jornada habitual de trabajo.

En ese orden de ideas, es claro para la Sala, que, aun cuando el demandante, no estaba sujeto a una jornada máxima legal, la reducción del tiempo de descanso, obedeció a necesidades del servicio de la empresa, siendo ese, precisamente, el ejercicio del ius variandi mediante el cual se perfecciona el poder subordinante, y ante la falta de una prueba que demuestre la desmejora en las condiciones laborales del actor, con tal determinación, forzoso resulta confirmar la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia. 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 13 de diciembre de 2018, por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por DANIEL ANTONIO DUARTE COSSIO en contra de INDEPENDENCE DRILLING S.A., conforme a las razones expuestas con anterioridad.

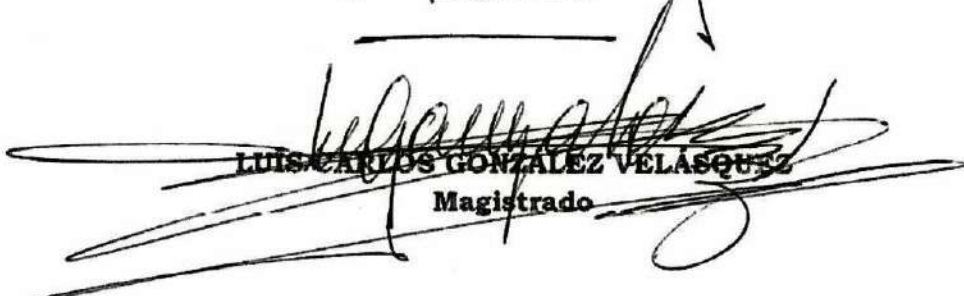
SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
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: 110013105007201600029-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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 Sociales – indemnizaciones.

Procede la Sala, a conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante por haber sido adversa a sus intereses la sentencia proferida el 12 de febrero de 2019, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por **ELSA HERNÁNDEZ** en contra de **HELENA CASIS DE MORENO, MERCEDES BARRERA CASIS, MARÍA VICTORÍA CASIS QUIÑONEZ, MARÍA CRISTINA CASUS GARAY, PATRICIA MARÍA LAUGH EN CALIDAD DE HEREDEROS DE BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA Y LOS HEREDEROS INDETERMINADOS DE ESTA ÚLTIMA.**

ANTECEDENTES

ELSA HERNADEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de HELENA CASIS DE MORENO, MERCEDES BARRERA CASIS, MARÍA VICTORÍA CASIS QUIÑONEZ, MARÍA CRISTINA CASUS GARAY y PATRICIA MARÍA LAUGH, en calidad de herederos determinados de BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, así como contra los herederos indeterminados de esta última, para obtener el pago del valor equivalente al vestido de trabajo, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, sanción moratoria por el no pago de intereses a las cesantías o subsidiariamente su indexación, las cosas del proceso y la inscripción de la demanda, en el folio de matrícula inmobiliaria 50C-596849.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, desde el 6 de noviembre de 1987, mediante contrato escrito de trabajo, a término indefinido, prestó sus servicios a la señora BEATRIZ EULALIA CASIS

SAAVEDRA, como empleada de servicio doméstico, atendiendo las labores propias del hogar y acompañándola, de forma permanente; que, recibía como remuneración, el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, permaneciendo las 24 horas del día, al servicio de su empleadora.

Indica que, la señora BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, falleció el 25 de marzo de 2013, momento a partir del cual finalizó su vínculo laboral, sin que, durante toda la vigencia del misma, se le hayan reconocido prestaciones sociales, vacaciones, dotaciones, ni el trabajo suplementario; tampoco, los herederos de la mencionada señora, a su fallecimiento, le reconocieron suma alguna por sus derechos laborales; sin embargo, como en vida la señora BEATRIZ EULALIA, había adquirido una casa en la ciudad de Bogotá, y mediante testamento elevado a Escritura Pública 1220 del 17 de abril de 2007, de la Notaria 35 del Circuito de Bogotá, le otorgó a la actora, igual derecho que a sus herederos, respecto de los bienes de su propiedad, asumido ella la tenencia del inmueble (fls. 40-45).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada MARIA VICTORIA CASIS QUIÑONES, se notificó personalmente (fl. 58); sin embargo, guardó silencio al respecto, por lo que, mediante auto del 27 de julio de 2016, se tuvo por no contestada la demanda por su parte (fl. 68).

Ante la imposibilidad notificar personalmente a los demás demandados, estos comparecieron al proceso, a través de curador ad litem, quien mediante escrito de folios 144 y 145, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo no constarle ninguno, proponiendo como excepción la prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de febrero de 2019, el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a los demandados, de todas las pretensiones formuladas en su contra; considerando que, existían contradicciones en los hechos de la demanda, específicamente en relación con los extremos del vínculo laboral, que según la actora, comenzó el 6 de noviembre de 1987, sin embargo, el contrato escrito traído al proceso, fue suscrito en el año 2010; además, según lo indicado en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, quien realmente el pagaba el salario, era la demandada HELENA CASIS DE MORENO, quien desde Estados Unidos, le enviaba a la fallecida el dinero para pagar el salario de la actora; así las cosas, para el a-quo, no cumplió la demandante, con la carga probatoria de demostrar la relación laboral, en los términos alegados en su demanda; basándose sus pretensiones, en hechos más de un litigio de carácter civil, que no puede ser ventilados en esta Jurisdicción.

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 grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo establecido en el artículo 69 del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia, procede la Sala, a establecer si entre la demandante y la señora BEATRUZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, existió un contrato de trabajo en los términos señalados en la demanda y conforme al resultado del análisis que se obtenga, si a la actora, le asiste el derecho a las acreencias laborales que reclama

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO

Pretende la demandante, el reconocimiento y pago de del valor equivalente al vestido de trabajo, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, sanción moratoria por el no pago de los intereses a las cesantías y la inscripción de la demanda, en el folio de matrícula inmobiliaria 50C-596849, por haber trabajado al servicio de BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, desde el 6 de noviembre de 1987 y hasta la fecha de su fallecimiento, el 25 de marzo de 2013, como empleada de servicio doméstico.

Para resolver lo pertinente, 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, subrogado por el 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 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 presente caso, se allegaron al plenario, contrato individual de trabajo, a término indefinido, celebrado entre la demandante, y la señora BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, con fecha de inicio de laborales el 6 de noviembre de 1987, no obstante, tiene sello de presentación personal, ante la Notaria 36 del Circuito de Bogotá, el día 10 de marzo de 2010 (fl. 9); también, se allegó certificación del mismo 10 de marzo de 2010, en donde la mencionada señora CASIS SAAVEDRA, señala que, la actora, trabaja para ella *“desde hace veinte dos (sic) años (22) años. A partir del 6 de noviembre de 1987 hasta la presente fecha. Siendo una persona de mi entera confianza y dando fe sus responsabilidades y atenciones brindadas ella se ha desempeñado en el cargo de oficios varios devengando un sueldo de (\$500.000) Quinientos mil pesos m/c”* (fl. 10).

Igualmente, obra Escritura Pública 1220 del 17 de abril de 2007, correspondiente al testamento otorgado por la señora BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, por medio del cual, designa como herederos de todos sus bienes, entre otros, a la demandante ELSA HERNANDEZ (fls.11-32); fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora BEATRIZ CASIS y registro civil de defunción de la misma (fls. 33-34); la certificación de los aportes que, a nombre de la demandante, se efectuaron a la EPS FAMISANAR, de donde se advierte que del 1 de noviembre de 2005 al 1 de julio de 2008 y del 1 de septiembre de 2008 al 1 de marzo de 2013, se reporta como empleador a la señora BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA (fls. 180-185); igual información se extrae del resumen de semanas cotizadas a COLPENSIONES, donde la señora BEATRIZ CASIS SAAVEDRA, de manera ininterrumpida, desde el 1 de abril de 1995 hasta el 31 de mayo de 2008, y, luego, del 1 de agosto de 2008 al 28 de febrero de 2013 (fls. 186-191).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante, indicó que comenzó a trabajar para la señora BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, desde el 6 de noviembre de 1987, y hasta la fecha de su fallecimiento, en el año 2013; que, desde el comienzo de la relación laboral devengó la suma de \$400.000 y para el último año de servicios recibió como salario \$500.000 mensuales; que, la señora HELENA CASIS DE MORENO, hermana de BEATRIZ CASIS, vivía en Estados Unidos, y era quien le pagaba su salario, ella enviaba el dinero desde allá, porque doña BEATRIZ, no tenía plata; que, HELENA

CASIS, siempre fue cumplida con el pago del salario, hasta que BEATRIZ falleció, y que, al reclamarle por sus acreencias labores, ella le dijo que no podía seguir enviándole dinero, que se quedará con la casa de BEATRIZ, y así lo hizo, pues, vive actualmente allí, se encarga de su mantenimiento y arreglos, y aunque en alguna ocasión los demás herederos de la fallecida, fueron a reclamar sus derechos, pero finalmente no pasó nada.

En tal orden de ideas, analizado el material probatorio arrojado al expediente, se logra evidenciar que, la demandante, sí le prestó de manera personal sus servicios, a BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, desempeñando labores de oficios varios; sin embargo, no lo hizo dentro del extremo inicial señalado en la demanda, esto es, a partir del 6 de noviembre de 1987, pues, de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se extrae que, fue afiliada por la mencionada señora, a partir del 1 de abril de 1995 y hasta el 31 de mayo de 2008, retomando nuevamente dicho vínculo, según reporte de la EPS FAMISAR, del 1 de agosto de 2008 al 1 de marzo de 2013.

Además, tampoco podría tenerse a BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, como verdadera empleadora de la demandante, pues, como ésta lo señaló al absolver interrogatorio de parte, realmente el salario le era cancelado por la señora HELENA CASIS DE MORENO, hermana de la fallecida, quien le enviaba el dinero a BEATRIZ, desde Estados Unidos, porque ella no tenía recursos. Así las cosas, si bien, la presunción de que trata el artículo 24 del CST, traslada la carga al demandado, de desvirtuar la relación laboral, ello no exime a la parte actora de probar los hechos en los que funda sus pretensiones, los cuales, como se advierte, no se encuentra acreditados en el presente caso, pues, aunque se encuentra probada la prestación de un servicio y su remuneración, el mismo no se desarrolló dentro de los extremos señalados en la demanda, y en todo caso, como se indicó con anterioridad, tal vínculo laboral no lo fue, con quien alega la demandante, fungió como su empleadora, esto es, la señora BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA, sino con HELENA CASIS DE MORENO, quien ejerciendo su poder subordinante, era quien le cancelaba el salario a la actora; lo que conduce a la absolución de los demandados, como lo concluyó el a-quo, debiéndose entonces confirmar la sentencia consultada.

Sin costas en ambas Instancias.

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 12 de febrero de 2019, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por ELSA HERNÁNDEZ en contra de HELENA

CASIS DE MORENO, MERCEDES BARRERA CASIS, MARÍA VICTORIA CASIS QUIÑONEZ, MARÍA CRISTINA CASUS GARAY, PATRICIA MARÍA LAUGH, en calidad de herederos de BEATRIZ EULALIA CASIS SAAVEDRA y contra los herederos indeterminados de esta última, conforme las razones expuestas con anterioridad.

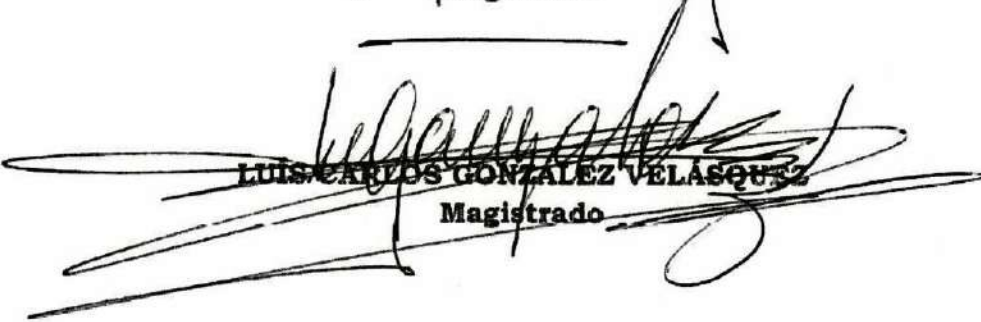
SEGUNDO: Sin COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
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: 110013105022201500915-01

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.

SENTENCIA

TEMA: REINTEGRO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - CRITERIO CORTE CONSTITUCIONAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MONICA ALARCON MORALES en contra del BANCO DAVIVIENDA S.A.

ANTECEDENTES

MONICA ALARCON MORALES, promovió demanda ordinaria laboral en contra del BANCO DAVIVIENDA S.A., para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo vigente desde el 8 de julio de 1996 hasta el 1º de mayo de 2014, el cual terminó sin justa causa imputable a la empleadora y sin previa autorización del Ministerio del Trabajo, pese a que ella se encontraba en estado de enfermedad manifiesta del cual tenía conocimiento, y por tanto es nulo, se ordene su reintegro a un puesto de trabajo compatible con su estado de salud, sin solución de continuidad, junto con el pago de los salarios, primas de servicios y auxilio de cesantías causados desde la fecha de su despido, la sanción consagrada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, el pago de los aportes con destino a seguridad social, el reembolso del dinero gastado el cual asciende a la suma de \$5.000.000, los perjuicios morales lo que resulte ultra y extra *petita* y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis indicó que, celebró con la demandada contrato de trabajo a término indefinido que se

ejecutó desde el 8 de julio de 1996 hasta el 1° de mayo de 2014, su último cargo fue como informadora comercial y su último salario mensual promedio fue la suma de \$2.390.087, el 28 de marzo de 2014 se le dictaminó por parte de la Junta Regional de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca con un diagnóstico de «*síndrome del túnel el carpo derecho, tendinitis muñecas bilateral y epicondilitis lateral derecho*» calificadas como de origen común, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez resolvió el recurso de apelación contra el mismo el 9 de octubre de 2014, confirmando su origen, el 20 de septiembre de 2013 sufrió accidente de trabajo al caerse por las escaleras que le ha generado dolencia lumbar, el 28 de abril de 2014, encontrándose amparada por la estabilidad laboral reforzada su empleadora omitió solicitar autorización ante el Ministerio del Trabajo para proceder a su despido aun cuando tenía conocimiento que se encontraba en proceso de calificación de origen de la enfermedad diagnosticada. (Fls. 366-371)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio con escrito de folios 388 a 401 donde se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral y sus extremos, el accidente de trabajo sufrido por la demandante y la terminación del vínculo laboral, aclarando que le fue reconocida indemnización por el hecho del despido y negó los demás. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago, cobro de lo no debido, prescripción y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 22 de agosto de 2019, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., decidió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Banco Davivienda S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por Mónica Alarcón Morales.

SEGUNDO: DECLARAR que no hy lugar a realizar pronunciamiento respecto de las excepciones formuladas por la demandada.

TERCERO: condenar EN COSTAS A LA parte demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000; por secretaría efectúese la respectiva liquidación en oportunidad procesal pertinente. (...)”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte actora interpuso recurso de apelación, Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en procura de que se revoquen las condenas impuestas ante el desconocimiento de la jurisprudencial emanada por la Corte Constitucional sobre el tema de la protección laboral reforzada y por encontrarse demostrado que al momento de la terminación del vínculo de trabajo estaba en el proceso de calificación, hecho que resultaba suficiente

para que DAVIVIENDA S.A, tuviera que solicitar el permiso ante el Ministerio del Trabajo para su despido, lo que no hizo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el apoderado de la parte actora insistió en la procedencia de las pretensiones de la demanda dando alcance al criterio que la Corte Constitucional le ha dado a la noción de protección laboral reforzada ya que la trabajadora estaba dictaminada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una enfermedad de origen común por lo que la empleadora, independientemente de la pérdida de porcentaje de la capacidad laboral debía pedir permiso al Ministerio de Trabajo para el despido. A su vez la entidad bancaria demandada indicó que la señora Alarcón Morales no es beneficiaria de los supuestos establecidos en la ley 361 de 1997, no presentaba una pérdida igual o superior al 15% y que la terminación no obedeció a su estado de salud el cual desconocía.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo indicado en el recurso de apelación, el mismo se centra en determinar si le asiste o no derecho a la demandante, dada las patologías que padece, a la estabilidad laboral reforzada, dando plena aplicación a lo dispuesto por la ley 361 de 1997 en lo tocante al reintegro al cargo que venía desempeñando junto con el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha de la terminación de su contrato, para lo cual ha de establecerse en primer término si se encontraba en situación que le permitiera acceder a dicha estabilidad conforme lo ha dicho la Corte Constitucional.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACION DE TRABAJO QUE VINCULÓ A LAS PARTES

No es objeto de controversia en la alzada que la señora MONICA ALARCON MORALES, en virtud de un contrato de trabajo escrito a término indefinido, prestó sus servicios personales y subordinados al BANCO DAVIVIENDA S.A., durante el período comprendido entre el 8 de julio de 1996 y el 1º de mayo de 2014, cuando terminó por decisión unilateral del empleador, desempeñando como último cargo el de Informadora y recibiendo como último salario básico mensual la suma de \$1.287.200, hechos aceptados en la contestación de demanda respecto de los cuales no hubo discusión alguna y se corroboran con el certificado laboral (fl 28 y 402), el contrato de trabajo (fls 26-279), la carta de terminación (fl 29) y la liquidación final (fl 161) entre otros.

DE LA CONDICIÓN DE ESTADO DE DISCAPACIDAD Y LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

Habida cuenta que se aduce que la verdadera causa de la terminación del contrato de trabajo de la demandante fue su estado de salud, forzoso se muestra acudir al ordenamiento legal que regula asunto, cual es la ley 361 de 1997, que en su artículo 5° prevé la forma de acreditación de tal condición de discapacidad de una persona y la calificación de dicho status por parte de la entidad correspondiente, y por ello puntualiza:

“ARTÍCULO 5o. Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.”

A su vez, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 salvaguarda el derecho de las personas discapacitadas para que por esa condición no se les discrimine a nivel laboral, es así contemplando que: *“Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, so pena de ser sancionado a reconocer y paga una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo”.*

De tal suerte, en aras de determinar si la demandante a la fecha de finalización de su relación laboral con el BANCO DAVIVIENDA S.A. (1° de mayo de 2014) era o no sujeto de la estabilidad laboral reforzada, se remite la Sala a la documental que reposa en el cartulario tendiente a acreditar su condición médica, sobre todo cuando se insiste que para ese entonces presentaba estado de debilidad manifiesta.

Pues bien, milita de folios 33 a 40, comunicación de fecha 9 de octubre de 2014 del dictamen No. 52558663 expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 8 de octubre de 2014, mediante el cual confirmó el emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca No. 52558663 del 28 de marzo de 2014 (fls 48-56), en el se le diagnosticó a la actora síndrome del túnel carpiano, epicondilitis lateral, sinovitis y tenosinovitis, calificada como de origen común. Sin que se observe en ninguno de los dos dictámenes pérdida de porcentaje. Conviene precisar que previamente había sido diagnosticada por la ARP BOLIVAR quien también había calificado su enfermedad como de origen común (fl 65) para el año 2008). Lo anterior soportado en su historia clínica y ocupacional de salud (fls 68 y ss.)

De otra parte, igualmente a folios 421 a 423 milita calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de fecha 20 de mayo de 2016, en el que se diagnóstico a la demandante Trauma de tejidos blandos de cadera derecha (accidente de trabajo), discopatía degenerativa L3- L4 y L4-L5 (no secuela de accidente de trabajo), Horizontalización del Sacro (no secuela de accidente de trabajo), Sacroileitis bilateral de articulaciones sacro iliacas (no secuela de accidente de trabajo), y a su vez, a folios 170 y ss, milita historia clínica ortopedia de fecha 2 de mayo de 2014, que da cuenta del trauma que la actora sufrió en la cadera derecha el 20 de septiembre de 2013, frente al cual se le otorgó incapacidad por un día, esto es, después de haber finalizado su contrato de trabajo con la demandada. Diagnostico de “Contusión de la Región Lumbosacra y de la Pelvis” en el que el 5 de octubre de 2013 Seguros Bolivar, dejó la anotación expresa que la paciente no había realizado las terapias ordenadas, según su dicho, por razones de tiempo y distancia (fl 216), habiendo reiniciado el control tan sólo hasta el 7 de mayo de 2014, también luego de que ya había finalizado su contrato de trabajo.

En suma, en cuanto al diagnóstico de síndrome del túnel carpiano, epicondilitis lateral, sinovitis y tenosinovitis calificado como de origen común, ninguno de los dictámenes allegados al expediente brinda información sobre pérdida de capacidad laboral en un porcentaje determinado y sobre fecha de estructuración como para entender que dichas patologías daban lugar a considerar como un sujeto de especial protección a la demandante para la fecha del finiquito de su relación laboral con la entidad bancaria demandada, situación que también se extiende a su diagnostico de Traumas de tejidos blandos de cadera derecha calificado como accidente de trabajo o los otros que no son consecuencia del mismo denominados como discopatía degenerativa L3-L4 y L4-L5, Horizontalización del Sacro y Sacroileitis bilateral de articulaciones sacro iliacas.

Así las cosas, analizados en todo su contexto los referidos medios probatorios permiten concluir que ninguno de los padecimientos de la demandante tanto de origen laboral o de origen profesional, le representaron patologías incapacitantes para el momento del fenecimiento de su vínculo laboral, todo lo cual permite concluir que para el 1º de mayo de 2014 no se registra enfermedad latente sin tratamiento que la ubique dentro de las personas merecedoras de la protección prevista en la Ley 361.

Y es que tratándose de las patologías por las que acudió en vigencia de la relación laboral con la sociedad demandada ha de recordarse que **“No es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%”**. Tal como lo ha sentado la H. CSJ SL en reiteradas ocasiones, entre ellas, en las sentencias del 25 de marzo de 2009 radicación 35606, del 15 de julio de 2008 radicación 32532, del 25 de

marzo de 2009 radicación 35606, del 28 de agosto 2012 radicación 39207, del 30 enero de 2013 radicación 41867, del 14 de octubre de 2015 radicación 53083, del 01 de junio de 2016 radicación 57772, del 29 de junio de 2016 radicación 42451 y del 25 de enero de 2017 radicación 45314 entre muchas otras.

Por consiguiente son presupuestos indispensables que deben observarse cuando el trabajador pretende la protección contenida en la ley 361 de 1997, en primer lugar, que cuente a) con una limitación moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) severa, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50%; en segundo lugar, que demuestre que el empleador conocía de dicho estado de salud; y por último, que la relación laboral finalizó por razón de su limitación física y sin previa autorización del Ministerio del Trabajo; siendo por tanto de vital relevancia la calificación y clasificación de la severidad del estado de discapacidad de una persona, para considerarse cobijada o beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada.

Lo hasta aquí analizado permite afirmar que para la fecha en que se produjo el finiquito de la relación laboral que unía a las partes, la trabajadora no padecía de enfermedades incapacitantes, sin que las terapias o la incapacidad por un (1) día que le fueron otorgadas luego de terminado su contrato de trabajo puedan considerarse como hechos de conocimiento de su empleadora que le obligaran, por tanto, a solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo para proceder terminar el vínculo laboral, pues se insiste, las terapias que le habían sido ordenadas con anterioridad no fueron cumplidas por ella, reanudándolas con posterioridad al rompimiento de la relación, y si ello es así, no son contundentes a efectos de hacerse garante de la protección por estabilidad laboral reforzada. Amén de que para el momento del despido no había sido calificada como discapacitada en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997, y menos aún que hubiese sido calificada dentro de alguno de los tres grados de severidad de la limitación antes estudiados, lo que excluye el siguiente requisito contemplado en la norma y desarrollado en la jurisprudencia traída a colación, consistente en que el empleador conociera de su estado de discapacidad a la ruptura contractual.

DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA H. CORTE CONSTITUCIONAL

Hechas las precisiones legales, fácticas y jurisprudenciales anteriores, dado que adujo la recurrente, que el solo hecho de estar inmersa en un proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, significaba que la llamada a juicio tenía la obligación de solicitar ante la cartera del trabajo autorización para efectuar el despido, esto en atención del desarrollo jurisprudencial adelantado por la H. Corte Constitucional, basta agregar que tales argumentos que no son de recibo para esta Sala de decisión, en atención a que, como bien lo ha sostenido la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada perseguida, está destinada a aquellos trabajadores que cuenten con una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% indistintamente de su origen; exigencia de la calificación

de la pérdida que no resulta arbitraria o caprichosa sino a la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual señala que el trabajador se debe encontrar en situación de discapacidad que implique un nivel de limitación en su desempeño laboral, limitación que no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore su estado real desde una visión médica y ocupacional.

En este sentido, la Ley 1618 de 2013, define quiénes son las personas y/o en situación de discapacidad así: “Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos: “1. *Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*” De acuerdo con la anterior definición, la persona en situación de discapacidad es aquella que padece de una deficiencia, que puede ser física, mental, intelectual o sensorial, que le impida su participación plena y efectiva en la sociedad.

Así mismo, el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014, define la deficiencia y la discapacidad, así: “**Deficiencia:** Alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida. **Discapacidad:** Término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad, esta se valorará en el Título Segundo “Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras áreas Ocupacionales”.

De las anteriores definiciones se puede concluir que la situación de discapacidad obedece a una deficiencia que padece el trabajador, la cual se deriva de una pérdida a su vez originada por la alteración de las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona; condiciones que por su carácter técnico-científico, para ser valoradas requieren de una herramienta técnica que el sistema integral de seguridad social contenida en el decreto 1507 de 2014; que, además, como todo baremo, tiene la ventaja que limita el factor subjetivo del evaluador.

De tal suerte, aun en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio y se encuentre precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo, situaciones que en el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala no se presentaron.

De ahí que sea tan sólo una vez se encuentre debidamente acreditada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que el empleador debe

contar con la autorización de las autoridades del trabajo para dar por terminado el nexo contractual, y no como lo esboza el apelante, al señalar que solo bastaría con el que el trabajador se encontrase en proceso de calificación.

Por consiguiente, encuentra esta instancia, que la decisión adoptada por el A quo se encuentra ajustada a derecho, máxime cuando el extremo vencido, en la sustentación de su recurso, aunque solicitó que se acogiera la jurisprudencia desarrollada por la H. Corte Constitucional sobre el tema de la protección laboral reforzada, no indicó, siquiera sumariamente el pronunciamiento que pretendía fuera aplicado, o al menos su contenido o consideraciones.

DEL REINTEGRO PRETENDIDO (LEY 361 DE 1997)

En vista que no se encontraron debidamente acreditados los presupuestos que permitirían a la demandante acceder al amparo de la estabilidad laboral reforzada respecto de la sociedad demandada, que la relación laboral pese a que terminó sin justa causa fue debidamente indemnizada como lo dispone el artículo 64 del CST, y que la demandada no estaba obligada a pedir autorización ante el Ministerio de trabajo para tomar tal determinación, obligado resuelta concluir que tampoco le asiste el derecho a devolución de los dineros pretendidos por gastos realizados o indemnización de perjuicios.

Conforme lo anterior, se CONFIRMA la sentencia apelada.

COSTAS

Atendiendo el resultado desfavorable del recurso de apelación las costas correrán a cargo de la demandante. 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

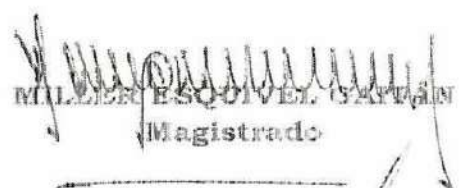
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por MONICA ALARCON MORALES en contra de la sociedad BANCO DAVIVIENDA S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

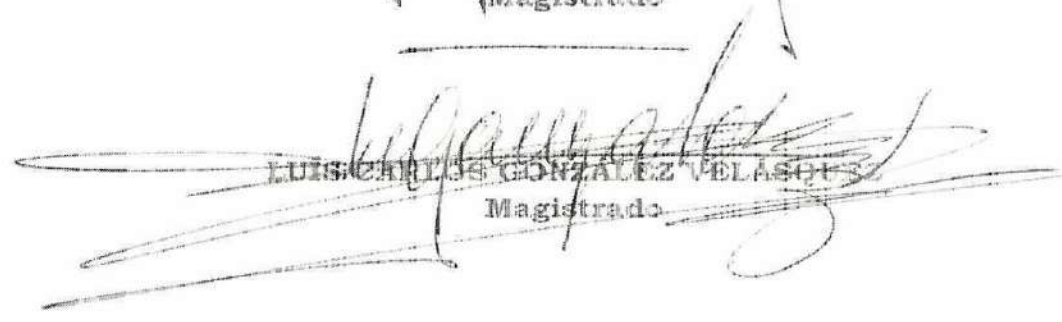
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante. Fijese en esta instancia como valor en que se estiman las agencias en derecho la suma de \$500.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


WILMER ESQUIVEL SATTÁN
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: 110013105038201600780-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Fuero circunstancial – despido sin justa causa.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 1 de febrero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RODRIGO MANUEL MERCADO DORIA** en contra de **CONCRETOS ARGOS S.A.**

ANTECEDENTES

RODRIGO MANUEL MERCADO DORIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de CONCRETOS ARGOS S.A., para obtener su reintegro al mismo cargo que venía ocupando al momento de su despido, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión y demás prestaciones derivadas del contrato de trabajo, por encontrarse amparado por el fuero circunstancial, al momento de la terminación del contrato de trabajo, por decisión unilateral de su empleador.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, el 27 de agosto de 2009, se vinculó con la demandada, mediante contrato de trabajo a término fijo, desempeñando como último cargo, el de conductor en la planta de Barranquilla, con un salario básico mensual de \$1.495.000; que, el 21 de febrero de 2012, se afilió al Sindicato Nacional de Trabajadores de Concretos Argos -SINALTRACONCREARGOS-, como fundador; afiliación que fue notificada a la demandada, el 22 de febrero de 2012; que, el 30 de diciembre de 2012, la asamblea general de la Organización Sindical, aprobó un pliego de peticiones y escogió la comisión negociadora; y, el 3 de enero de 2013, se presentó el pliego a la demandada, generándose inmediatamente, un conflicto colectivo de trabajo.

Indica que, mediante resolución 000179 del 3 de abril de 2013, la coordinadora del Grupo de Resolución de Conflicto y Conciliación del Ministerio de Trabajo, Territorial Atlántico, sancionó a CONCRETOS ARGOS S.A., por negarse a negociar el pliego de peticiones; decisión contra la cual, la demandada, interpuso los recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación, desatados a través de las resoluciones 000429 del 14 de junio de 2013 y 000532 del 24 de julio del mismo año, confirmando dicha sanción. Agotada la etapa de arreglo directo, se convocó el Tribunal de Arbitramento, constituido por el Ministerio de Trabajo, por resolución 000132 del 15 de enero de 2014; que, el 30 de octubre de 2014, el Tribunal de Arbitramento, emitió el Laudo Arbitral, que fue objeto de recurso de anulación, por lo que se envió a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para su trámite, sin que, a la fecha de presentación de la demanda, el mismo haya sido resuelto.

Refiere que, nuevamente el 14 de diciembre de 2014, SINALTRACONCREARGOS, presentó pliego de peticiones a la demandada; el 2 de enero de 2015, le comunicó el nombramiento de la comisión negociadora y el 6 de enero de 2015, se inició la etapa de arreglo directo; sin embargo, el trabajador fue despedido el 21 de diciembre de 2015, de forma unilateral y sin cancelarle la indemnización por despido sin justa causa, ya que se encontraba amparado por el fuero circunstancia (fls. 1-11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, CONCRETOS ARGOS S.A., dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible de folios 168 a 180, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; aceptó el vínculo laboral con el demandante, los extremos, el cargo desempeñado por éste y su afiliación a la organización sindical SINALTRACONCREARGOS; de los demás hechos, dijo no ser ciertos; aclaró que la terminación del contrato de trabajo, se produjo por justa causa, por violación flagrante por parte del trabajador de las disposiciones laborales reglamentarias y normas de tránsito vehicular, al cometer una grave infracción de tránsito, por invadir con el vehículo que conducía el carril exclusivo de TRANSMETRO, en la ciudad de Barranquilla, lo que ocasionó perjuicios para la operación de la empresa, pues, el vehículo fue inmovilizado y estuvo retenido hasta la tarde del día siguiente cuando se cancelaron las multas correspondientes; de ahí que, no proceda la protección por el fuero circunstancial que alega al actor, ante la gravedad de su conducta, que constituye justa causa para la terminación de la relación laboral. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de febrero de 2019, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada

una de las pretensiones, condenando en costas al demandante; al considerar que, si bien se acreditó, que, para la fecha de terminación del vínculo laboral del actor, la empresa demandada y sus trabajadores, se encontraban en un conflicto colectivo de trabajo; el demandante, no era beneficiario de la garantía del fuero circunstancial, pues, la demandada logró acreditar que el vínculo laboral finalizó por justa causa, ante el incumplimiento por parte del demandante, de las obligaciones consagradas en el Reglamento Interno de Trabajo, al infringir las normas de tránsito, invadiendo con el vehículo de la empresa, un carril de TRANSMETRO, lo que generó la inmovilización del mismo, y trajo consecuencias negativas para la empresa, quien no solo vio afectada su operación, sino que además tuvo que cancelar las multas impuestas por dicho evento; lo que para el a-quo, constituyó una con grave negligencia, que justificó la decisión del empleador, de terminar el contrato de trabajo, sin que proceda la protección por fuero circunstancial, que se produce cuando el trabajador es objeto de un despido sin justa causa, lo que en el presente caso no se encuentra demostrado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentado que, la empresa demandada, calificó de forma desproporcionada la conducta del trabajador, cuando incurrió en la infracción de tránsito, ya que, de haber atendido los argumentos expuestos por éste, al momento de rendir los descargos, le hubiese impuesto una sanción menos grave que el despido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandada, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, pues, las razones por las que se le dio por terminado el contrato de trabajo, constituyen una falta grave en su Reglamento Interno de Trabajo y en las normas laborales, como se probó en el proceso, sin que, el despido con justa causa, tuviese relación alguna con una supuesta violación al fuero circunstancial, que no operó en el presente caso, por la grave negligencia del trabajador. La parte actora, 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 en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte actora, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si la decisión del empleador, de dar por terminado el contrato de trabajo, se produjo con justa causa o si por el contrario, lo fue sin justa causa; caso en el cual, se activaría la protección del fuero circunstancial a favor del actor, y el reintegro solicitado.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

En el presente caso, no es materia de discusión en la alzada, que el actor, laboró para la empresa demandada, del 27 de agosto de 2009 hasta el 21 de diciembre de 2015, mediante un contrato de trabajo a término fijo, desempeñando el cargo de conductor. Igualmente, quedó acreditado que el demandante, se afilió el 21 de febrero de 2012 al Sindicato Nacional de Trabajadores de Concretos Argos - SINALTRACONCREARGOS-, como da cuenta la documental obrante a folios 13, 14, 18, 28, 181, 184, 191 y 189 del plenario.

DEL FUERO CIRCUNSTANCIAL Y LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO CON JUSTA CAUSA

El fuero circunstancial encuentra sustento en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que prevé:

“ARTÍCULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 1373 de 1966, reglamentario de la anterior norma sustancial, consagra:

“La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al patrono hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.”

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de agosto de 2019, con radicación 78682, señaló que:

“... el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos sin justa causa, entre la fecha de presentación del pliego de peticiones y la terminación de la negociación colectiva.

Esta protección es esencial para la libertad sindical, ya que evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, le permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias.

Ahora bien, el fuero circunstancial garantiza la continuidad laboral en la empresa, a condición de que el beneficiario del mismo observe buena

conducta y cumpla sus obligaciones laborales, es decir, que se comporte como un buen trabajador. Por consiguiente, si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones...”

Así las cosas, es claro que, para que proceda la garantía del fuero circunstancial, deben concurrir tres situaciones fácticas a saber, esto es, (i) que la empresa se encuentre en un conflicto colectivo en razón a la presentación de un pliego de peticiones; (ii) que el trabajador pertenezca al sindicato que lo presentó o en su defecto que se haya adherido o suscrito uno que hubiere sido presentado por trabajadores no sindicalizados; y que, (iii) en caso de producirse el despido, este sea sin justa causa.

En el presente caso, como ya se indicó, quedó demostrado que el demandante, se encontraba afiliado a SINALTRACONCREARGOS, desde el 21 de febrero de 2012, como fundador (fl.18).

Igualmente, se acreditó que, el 3 de enero de 2013, el Sindicato Nacional de Trabajadores de Concretos Argos – SINALTRACONCREARGOS – presentó pliego de peticiones a la empresa CONCRETOS ARGOS S.A., (fl. 44); que, durante la etapa de arreglo directo las partes no llegaron a ningún acuerdo (fl. 63-67), razón por la cual, el Ministerio del Trabajo, con resolución 000132 del 15 de enero de 2014, convocó un Tribunal de Arbitramento; que, el 30 de octubre de 2014 ese Tribunal, profirió el respectivo Laudo Arbitral, contra el cual se interpuso el recurso de anulación (fls 75-77); que, el 3 de diciembre de 2014, se remitió a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que desatara el recurso (fl. 78); y que, el 25 de enero de 2017, la Corte Suprema de Justicia, decidió no anular el Laudo Arbitral, que dirimió el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre el SINALTRACONCREARGOS y CONCRETOS ARGOS S.A.

Ahora bien, en cuanto a la circunstancia del despido, el mismo se halla acreditado en el plenario con la comunicación del 21 de diciembre de 2015, mediante la cual la demandada, decidió dar por terminado el contrato de trabajo del actor, de forma unilateral, alegando como justa causa, el incumplimiento de las normas de tránsito, al haber invadido el carril exclusivo de TRANSMETRO, para evitar la espera de un trancón, sin la autorización de su jefe inmediato, poniendo en riesgo su seguridad, la de las personas y de un activo de la Compañía, (fls.189-190); falta que la demandada determinó como grave, en virtud de lo establecido en los numerales 10 del artículo 44, los 1, 10 y 12 del artículo 48 y el artículo 59 del Reglamento Interno de Trabajo (fls. 195-216), en concordancia con el numeral 1 del artículo 58 del CST, que señalan:

“ARTICULO 44°- los trabajadores tienen como deberes, los siguientes:

(...)

10. observar rigurosamente las medidas y precauciones que se le indiquen, para el manejo de los vehículos, herramientas, maquinas o instrumentos de trabajo”

“ARTICULO 48°- son obligaciones especiales del trabajador:

1. ealizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

(...)

10. dar cumplimiento al contrato de trabajo de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y demás condiciones acordadas y asistir con toda puntualidad al trabajo, según el horario señalado por la Empresa.

(...)

12. someterse al régimen de disciplina y orden establecidos o que estableciera la empresa en todas sus actividades”

“ARTICULO 59° -Constituyen faltas graves:

la violación grave o reiterada por parte del trabajador de las prescripciones de orden, de las obligaciones especiales o prohibiciones legales reglamentarias o contractuales.”

Y, el numeral 1 del artículo 58 del CST:

“Artículo 58. son obligaciones especiales del trabajador:

1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido...”

En aras de determinar si se encuentra justificado el despido del demandante, militan en el plenario, correo electrónico de la jefe de planta de la demandada, de fecha 4 de diciembre de 2015, mediante el cual informa que *“el día de ayer el conductor Rodrigo Mercado cometió infracción de tránsito al invadir el carril de transmetro, dando como resultado la inmovilización del móvil UUM 603. Causando perjuicios a la operación ya que no se cuenta con el móvil disponible para las actividades programadas. En este momento el móvil se encuentra en los patios del tránsito con Guisell Carbono se está gestionando no necesario para poder sacar el vehículo (autorización de Reinting). Considero importante revisar esta situación ya que la acción cometida fue un acto inseguro e irresponsable del colaborador por haber infringido las normas de tránsito y seguridad vial, poniendo en riesgo no solo su seguridad sino la de los usuarios del transporte masivo”* (fl. 217).

También, obra el comparendo de fecha 3 de diciembre de 2015 (fl. 185), la citación a diligencia de descargos *“con relación a la falta ocurrida y que fue*

notificada a la dirección de gestión humana y administrativa la cual consistió en (...) cometer una infracción de tránsito..." (fls. 27 y 184); y, el acta de descargos, de fecha 14 de diciembre de 2015, donde el demandante, informó que, el 3 de diciembre de 2015, se habían presentado algunos inconvenientes en la planta, que represaron sus labores y como la camioneta tenía programada una revisión para cambio de aceite, cuando se encontró con un trancón, vio que había un callejón y que un carro adelante él tomó esa misma vía, así que para agilizar su ruta, decidió tomar el mismo camino que lo condujo al carril del Transmetro, donde la policía lo detuvo, le impuso un comparendo e inmovilizó el vehículo, pero, señala que, nunca fue su intención cometer la infracción de tránsito, sólo que, ya se le había hecho tarde y estaba preocupado por llevar el carro a la revisión mecánica; reconoce que invadió el carril de transporte masivo, pero que no había nadie, ni nada que pudiera generar un accidente.

En ese orden de ideas, de las pruebas antes mencionadas, se puede establecer que el demandante, incurrió en una conducta negligente, al desconocer las normas viales, tomando una vía prohibida, que lo condujo al carril exclusivo del transporte masivo, donde fue retenido por la Policía de Tránsito, que le impuso un comparendo e inmovilizó el vehículo; arriesgando con su actuar, no sólo su propia integridad, sino la de otras personas, además, de causarle un perjuicio a la empresa, que no pudo disponer al día siguiente del vehículo, y además tuvo que pagar los gastos del comparendo y la inmovilización. Así pues, ante el incumplimiento de sus obligaciones, no sólo reglamentarias, sino también legales, resulta justificada la decisión del empleador de terminar el contrato de trabajo, sin que resulte válido considerar que, su conducta, merecía una sanción menos severa, como argumenta la parte actora en su recurso, pues, no le es dable a este Colegiado, entrar a calificar la gravedad de la conducta, cuando de ello se ocuparon las partes al fijarla como tal en el Reglamento Interno de Trabajo.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, a cargo de la parte demandante, al haber resultado vencida en juicio. 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

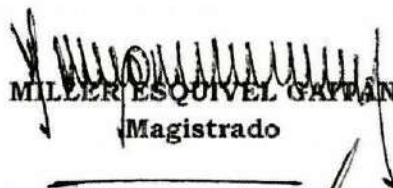
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de febrero de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RODRIGO MANUEL MERCADO DORIA en contra de CONCRETOS ARGOS S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

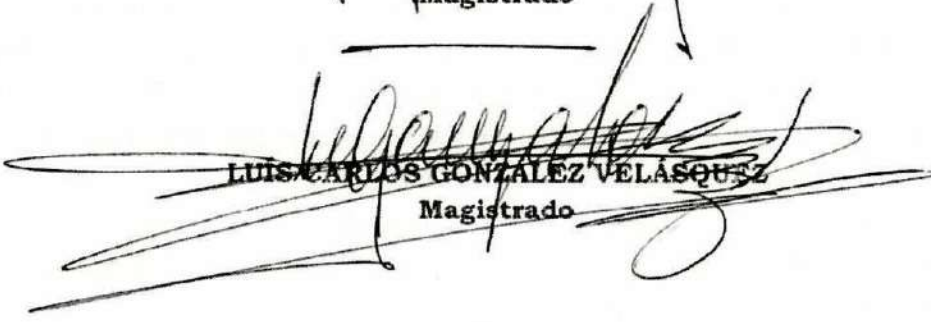
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000. Las de primera instancia se confirman.

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**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105020201700013-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Honorarios – contrato de prestación de servicios profesionales de abogado.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, calendada el 6 de diciembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANA TERESA MILA CARDONA** en contra de **BURKHARD LOTHAR HINTZE**.

ANTECEDENTES

ANA TERESA MILA CARDONA promovió demanda ordinaria laboral en contra de BURKHARD LOTHAR HINTZE para que, previa declaración de la existencia de un contrato verbal de prestación de servicios profesionales, se condene al demandado, al pago de los honorarios profesionales, junto con los intereses moratorios, daños y perjuicios, indexación, lo ultra y extra petita, las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, el 15 de diciembre de 2008 celebró contrato verbal de servicios profesionales con el demandado, para brindarle asesoría profesional en Derecho y presentar demanda ordinaria reivindicatoria de mayor cuantía contra Rosa Lucía Cano Garzón y Javier Alonso Laverde Lora, por haber convenido una promesa de compraventa sobre un inmueble ubicado en la transversal 20 No. 124-26; pactando como contraprestación el 5% de lo que se recuperara; que, demanda le correspondió al Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, con radicado No. 2008-710; que, el allí demandado Javier Alonso Laverde Lora, falleció, por lo que fue necesario integrar a sus herederos; el 28 de mayo de 2009, la demanda fue admitida y surtida la

notificación y demás etapas procesales, el 13 de febrero de 2012, se profirió sentencia condenatoria a favor del señor BURKHARD LOTHAR HINTZE; sin embargo, éste, sin informarle a la actora, celebró transacción con los demandados, por la suma de \$986.250.000, sin haberle cancelado los honorarios profesionales por su gestión, con lo que le causó graves perjuicios a la demandante, quien contaba con dicho pago, para cumplir obligaciones financieras; que, citó al demandado, a conciliación el 25 de marzo de 2015, en la Personería de Bogotá, pero, el demandado, no se hizo presente (fls. 2-6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, el señor BURKHARD LOTHAR HINTZE, dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible de folios 129 a 133, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; aceptó que contrato los servicios profesionales de la demandante, para que tramitara a su favor proceso ordinario reivindicatorio de mayor cuantía; no obstante, negó los demás hechos de la demanda, aclarando que pactó con la profesional del Derecho, por concepto de honorarios, la suma única de \$12.000.000=, de los cuales le abonó el 25% para iniciar el proceso, y del restante 75% se pagó una parte mediante consignaciones bancarias, \$1.000.000 que se entregó en la residencia de la actora, y el saldo se cancelaría una vez la apoderada solicitara el levantamiento de las medidas cautelares, lo cual no se cumplió, pues, ésta no continuó con el proceso y fue necesario contratar otro abogado que presentara la transacción celebrada entre las partes del proceso reivindicatorio; propuso las excepciones previas de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y prescripción, que declaró no probadas el a-quo, en audiencia del artículo 77 del CPTSS, celebrada el 9 de octubre de 2017 (fl. 153); y la de mérito, que denominó cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de diciembre de 2018 el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, condenando al demandado, al pago de \$39.412.500 por concepto de honorarios, debidamente indexados todas las demás pretensiones de la demanda y condenando en costas a la parte demandada.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló el a-quo, que dentro del proceso quedó demostrado que la demandante, asesoró e impetró demanda reivindicatoria de mayor a favor del demandado, pero, no demostró cómo se pactaron los honorarios por su gestión, razón por la cual tasó los mismos, teniendo en cuenta la labor realizada por la profesional del Derecho, quien intervino en el proceso reivindicatorio, hasta la etapa de alegatos de conclusión, el acuerdo de transacción a favor

del aquí demandado, donde obtuvo \$986.250.000, como valor reivindicado, teniendo en cuenta el avalúo del inmueble para la época, las mejoras reconocidas a los allí demandados y los pagos parciales efectuados a la actora, aplicando a dicho valor las tarifas de CONALBOS, que para esa clase de procesos es del 5% de lo obtenido; sin que ordenara el pago de los intereses moratorios reclamados, por no estar expresamente pactados por las partes, ni los daños y perjuicios, por no haberse probado dicho pedimento, ni muchos menos las circunstancias de causalidad entre el daño y el no pago reclamado; además, para el a-quo, los honorarios fijados resarcían el trabajo realizado por la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, argumentado que, no debió aplicarse el 5% que la demandante, reclamó por concepto de honorarios, pues, aunque se encuentra demostrada su gestión, no se demostraron los extremos del contrato de mandato, ni su objeto; además, erró el Juzgado de Primer Grado, al tasarlos, sobre la suma de \$986.250.000, que supuestamente recibió el demandado, por la transacción celebrada dentro del proceso reivindicatorio, ya que, éste realmente obtuvo una suma inferior, porque, tuvo que devolver a los allí demandados, el valor de las mejoras del inmueble; luego el valor de los honorarios, debió fijarse respecto de lo realmente reivindicado a favor del señor LOTHAR HITZEN.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la demandante, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, por haberse demostrado que prestó sus servicios profesionales como abogada, de forma personal y continua, cumpliendo con el mandato otorgado por el demandado; resultando procedente el pago de los honorarios reclamados.

Por su parte, el demandado, pidió revocar la sentencia apelada, pues, si bien es cierto, que la abogada demandante, le prestó sus servicios profesionales como abogada, dentro del proceso ordinario reivindicatorio, adelantado ante el Juez 43 Civil del Circuito, también lo es, que la togada, no actuó en debida forma, toda vez, que siendo profesional del Derecho, no fijó sus honorarios mediante un contrato de prestación de servicios, a efectos de que tanto el cliente como ella tuviesen certeza de los honorarios pactados; por lo que, se debe declarar que los honorarios pactados fueron de \$12.000.000, tener en cuenta, los abonos efectuados y las costas y agencias en derecho que recibió la apoderada dentro del proceso que asistió; además, de la situación económica del demandado, quien estuvo secuestrado en Colombia, por 5 años, tiempo dentro del cual, su familia fue extorsionada, le hurtaron sus bienes, y lo despojaron de sus tierras.

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 en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico a decantar se contrae a determinar procede o no el pago de los honorarios profesionales reclamados por la demandante, en el porcentaje ordenado por el Juez de Primera Instancia.

DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ABOGADO, DE LA GESTION ADELANTADA POR EL ABOGADO Y DE LOS HONORARIOS PACTADOS.

El contrato de prestación de servicios es un acuerdo de voluntades, que versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

El numeral 6 del artículo 2 del CPTSS, asigna a la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, el conocimiento de los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que las motive.

En tratándose propiamente del mandato, el artículo 2141 del CC, lo define como el contrato *“en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera...”*; el cual, puede ser de carácter gratuito o remunerado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2143 ibídem.

Por su parte, el artículo 2144 del mismo Código, asimila la gestión profesional al contrato de mandato, en los siguientes términos:

“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”

El artículo 2149 del CC, consagra que *"el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra"*, y el artículo 2150 estipula que, *"El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario..."*, la cual puede ser expresa o tácita y que una vez aceptado no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes.

Por consiguiente, para establecer la existencia del vínculo contractual alegado es menester que quien reclama su declaración demuestre a través de los medios probatorios a su alcance la presencia de los elementos referidos, esto es, el acuerdo de voluntades en relación con el servicio profesional requerido y la contraprestación o remuneración del servicio, también llamada para este tipo de contratos "honorarios".

En el presente caso, se encuentra acreditado que, el demandado confirió a la actora, para tramitar y llevar hasta su terminación, proceso ordinario reivindicatorio de mayor cuantía contra los señoras ROSA LUCIA CANO GARZON y JAVIER ALONSO LAVERDE LORA, con fecha de presentación personal el 15 de diciembre de 2008, por haber prometido en venta el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50N-20520576, de su propiedad, sin autorización para ello (fl. 9); que, nuevamente otorgó poder, el 19 de mayo de 2009, para continuar esa misma acción, contra los herederos determinados del señor LAVERDE LORA, quien falleció en el curso del proceso (fl. 20); que, dicha demanda cursó en el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, con el radicado 2008-00710, reconociéndosele personería para actuar a la demandante, como apoderada del señor BURKHARD LOTHAR HINTZE, mediante auto del 28 de mayo de 2009 (fl. 30); que, la abogada ANA TERESA MILA CARDONA, tramitó las notificaciones, y oficios ordenados en el curso del proceso, constituyó y presentó las pólizas de seguro judicial requeridas por el Juzgado, intervino en la práctica de pruebas, participó en la diligencia de inspección judicial (fls 31-45 y 186-228); y, el 21 de julio de 2011, surtidas todas las procesales, presentó alegatos de conclusión (fls. 46 y 47); pruebas con las cuales se acreditada la actividad adelantada por la demandante, dentro del trámite del proceso ordinario reivindicatorio de mayor cuantía, actuando en representación del aquí demandado.

Igualmente, se allegó al plenario, dictamen practicado dentro del proceso reivindicatorio, para determinar, entre otros, el valor de las mejoras del inmueble y el valor mismo del bien al momento de la compra y al momento del dictamen (fls. 88-107); la sentencia de fecha 13 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Descongestión, dentro del curso del proceso ordinario de reivindicación, declarando la pertenencia en dominio pleno y absoluta, del señor BURKHARD LOTHAR HINTZE, sobre el inmueble ya mencionado, condenando a los, allí demandados, a restituir dicho bien a su favor, y, ordenando al señor LOTHAR HINTZE, pagar a los

accionados \$258.483.829, por concepto de compensaciones (fls. 48-63); confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el 14 de agosto de 2012 (fls. 76-86).

Así mismo, se encuentra demostrado que, el señor BURKHARD LOTHAR HINTZE celebró transacción con los demandados, para cancelarles a éstos, sólo \$225.000.000, por concepto de mejoras; acuerdo presentado ante el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, directamente por él, el 20 de marzo de 2012 (fls. 64-75 y 140-141); y que, el demandado, también le otorgó poderes a la actora, para adelantar trámites administrativos ante la Secretaría distrital de Hacienda (fls.169-178), y, para que, lo representara ante el Juzgado 10 de Familia de Bogotá (fls. 179-185), sin embargo, respecto de éstos, la demandante no eleva pretensión alguna en este proceso.

Ahora bien, con relación a los honorarios que se demandan por la gestión adelantada en el proceso reivindicatorio, al absolver interrogatorio de parte, el demandado señaló, que estuvo secuestrado entre hasta el año 2006, y durante ese tiempo su esposa, vendió el apartamento objeto de reivindicación, el cual estaba en obra gris, la familia que se pasó allí dijo que le cancelaría en cuotas el valor pactado por la compraventa, sin embargo, ellos fueron arreglando el apartamento, pero, nunca le cancelaron ningún valor; por eso, cuando él fue liberado, mediante acuerdo verbal con la actora, la contrató para obtener la restitución del inmueble, pactando como honorarios, una suma única de \$12.000.000, respecto de los cuales le hizo unos abonos, pero, que nunca se habló de una comisión o porcentaje; y que, para no perder su propiedad, asesorado por otros abogados, suscribió un acuerdo con los allí demandados, acordando el pago de una sumas de dinero, por las mejoras.

Por su parte, la demandante, informó que, acordó verbalmente con el demandado, el pago del 5% del valor del bien restituido; que, recibió algunas sumas de dinero para gastos, correspondientes a las notificaciones, que tuvo que realizar en dos oportunidades, también para el pago de póliza judicial, la inscripción de las medidas cautelares, los gastos de traslado a la diligencia de inspección judicial, que se practicó en dos oportunidades, así como el pago de los honorarios del secuestre; que, las otras sumas dinero que señala el demandado, le entregó correspondían a los otros procesos que adelantaba ante la Secretaria de Hacienda Distrital y el Juzgado 10 de Familia de Bogotá.

También declaró la señora NOHORA LILIANA CANO GARZON, cuñada del demandado, quien manifestó haberle llevado a la demandante, en dos oportunidades, \$1.000.000 y \$1.200.000, que el señor BURKHARD LOTHAR HINTZE, le envió por concepto de honorarios, por el proceso que ésta adelantaba para sacar a las personas que habían ocupado el apartamento; sin embargo, no tuvo ningún conocimiento de los hechos, pues, siempre refirió que eso era lo que le escuchaba decir a su hermana y

cuñado, cuando le pedían el favor de entregarle el dinero a la abogada, ya que vivía cerca a su casa.

Adicionalmente, de folio 134 a 139 obran recibo del 4 de enero de 2009, por \$1.500.000; otro del 6 de agosto de 2010, por concepto "*abono honorarios proceso Maritza*", de \$1.000.000; uno del 29 de septiembre de 2010 por "*abono honorarios*" de \$500.000, y, otro del 25 de febrero de 2011, por "*V/R Abono honorarios proceso Maritza Juzgado 23 Civil*", por \$2.000.000; además, consignaciones al banco Davivienda del 11 de junio de 2010 y 20 de diciembre de 2012, por \$400.000 y \$1.000.000; y, recibo manuscrito del 20 de abril de 2011 por \$500.000, sin especificar su concepto; documentos que no fueron tachados de falso, ni desconocidos por la demandante.

Asimismo, se ordenó dictamen pericial a efectos de determinar el valor de los honorarios de la actora, el cual concluyó que de acuerdo al valor del avalúo catastral de inmuebles presentación del peritazgo, de \$1.130.019.000, menos lo entregado a la abogada por concepto de abonos, el 5% de honorarios, ascendería a la suma de \$63.604.450,35 (fls.229-250 y 258-260); sin embargo, el mismo no fue tenido en cuenta por el Juez de Primera Instancia, a la hora de regular los honorarios de la actora.

Por lo anterior, acreditada la gestión de la demandante, a favor del demandado, sin que exista prueba alguna de la cual se pueda establecer que efectivamente las partes pactaron como único valor por su gestión, la suma de \$12.000.000, resulta acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al tasar los mismos, teniendo en cuenta el valor del inmueble restituido. Sin embargo, considera la Sala, que habrá de modificarse la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia apelada, pues, independientemente de lo establecido en el dictamen pericial que se practicó dentro del proceso reivindicatorio, y en el que se fijó para el 8 de marzo de 2011, como valor actual del inmueble, la suma de \$1.211.250.000; lo cierto es que, de acuerdo al certificado catastral obrante a folio 233, el avaló real del inmueble recuperado por el actor, para el año 2012, fecha en que se profirió la sentencia a su favor, era de \$584.539.000.

Ahora, al deducir de esos \$584.539.000, los \$225.000.000, que pagó el demandado, por mejoras, el señor BURKHARD LOTHAR HINTZE, realmente obtuvo sólo una ganancia de \$359.539.000; siendo este último valor, sobre el cual se debía aplicar el 5% de los honorarios, fijados por el Juez de Primer Grado; porcentaje que no fue objeto de inconformidad por partes; así las cosas, al deducir los pagos que efectivamente recibió la demandante, por concepto de honorarios para el proceso reivindicatorio, esto es, \$1.000.000 entregado el 6 de agosto de 2010 (fl. 137) y \$2.000.000 del 25 de febrero de 2011 (fl 139); corresponde a su favor, la suma de \$14.976.950, valor al que se condenará al demandado. En lo demás, se mantendrá incólume 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

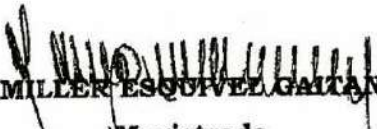
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2018, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar al demandado BURKHARD LOTHAR HINTZE a pagar a favor de la demandante ANA TERESA MILA CARDONA, la suma de CATORCE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$14.976.950), debidamente indexados, conforme a 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 GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL 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: 110013105024201700293-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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 por despido sin justa causa – Indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 16 de agosto de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **KAREN CECILIA MESA TORRES** en contra de **ADECCO COLOMBIA S.A.**

ANTECEDENTES

KAREN CECILIA MESA TORRES promovió demanda ordinaria laboral en contra de ADECCO COLOMBIA S.A. para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, la indemnización por despido sin justa causa, comisiones sobre ventas y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, el 22 de febrero de 2014, suscribió con la demandada ADECCO COLOMBIA S.A., contrato de trabajo, por obra o labor, para desempeñar el cargo de asesora comercial, en misión, en la empresa LABORATORIOS FARMAVIC S.A., recibiendo como remuneración, el salario mínimo legal mensual vigente, más comisiones por concepto de ventas; que, el 28 de mayo de 2014, la demandada, finalizó unilateralmente el contrato de trabajo, descontándole, sin autorización, la suma de \$800.000 que le fueron hurtados; además de no cancelarle las prestaciones sociales ni vacaciones por el tiempo laborado; que, el 21 de julio de 2014, convocó a la empresa demandada, a audiencia de conciliación ante la Inspección de Trabajo de Bogotá, pero ésta no compareció (fls. 4-14 y 28-29).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, ADECCO COLOMBIA S.A., dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible de folios 60 a 64 oponiéndose a las pretensiones y aceptando la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el pago de comisiones, el descuento que negó haberle efectuado a la trabajadora, y la terminación del contrato de trabajo, que considera lo fue con justa causa, por finalizado la obra para la cual fue contratada la actora; propuso las excepciones de prescripción, pago, cobro de lo no debido y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de agosto de 2019, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo, por obra o labor contratada, entre la demandante y ADECCO COLOMBIA S.A., del 22 de febrero al 28 de mayo de 2014; condenando a la demandada, al pago de las prestaciones sociales, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria. Absolviendo a la demandada, de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Lo anterior, al considerar, entre otras cosas, que pese a que la trabajadora aceptó en el contrato de trabajo descuentos de su liquidación final de prestaciones sociales, por préstamos, llamadas o reparaciones de los elementos de trabajo, la demandada, no podía deducirle la suma de dinero, de propiedad de la empresa usuaria, que le fue hurtada a la trabajadora, el 21 de abril de 2014, desconoció la prohibición del artículo 149 del CST, razón por la que, al no acreditar el pago de las prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral, debía condenarse a su pago, junto con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, indicó que, la demandada, no probó la terminación de la obra o del contrato suscrito con la empresa usuaria, ordenando el pago de 15 días de salario de acuerdo a lo establecido en el artículo 64 del CST, al no haberse demostrado por parte de la demandante, hasta cuándo perduró o si realmente terminó en la fecha indicada, la relación comercial entre ADECCO COLOMBIA S.A. y LABORATORIOS FARMAVIC S.A. Declaró no probada la excepción de prescripción, la cual ya había sido resuelta como excepción previa; autorizó la compensación, al haber aceptado la demandante, que recibió la suma de \$180.000, por concepto de liquidación de prestaciones sociales, los cuales retiro de su cuenta bancaria; condenando en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, para que se absuelva del pago de la indemnización por despido sin justa causa y la moratoria del artículo 65 del CST, pues, el vínculo laboral existente entre las partes finiquitó por

la terminación de la obra o labor para la cual fue contratada la actora, ya que, la misma empresa donde se encontraba la trabajadora, prestando sus servicios en misión, así lo solicitó. Además, ADECCO COLOMBIA S.A., cumplió con el pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, sin que pueda tomarse como mala fe por parte del empleador, haber cancelado, lo que creía adeudar a la actora, luego de efectuar los descuentos autorizados por ella.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, indicó que en el proceso se encontraba más que acreditado, el incumplimiento injustificado de la demandada, en el pago de las obligaciones a su cargo, lo que amerita las condenas impuestas en su contra por la Juez de Primera Instancia. La parte 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 en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico a decantar se contrae a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa y la moratoria prevista en el artículo 65 del CST, en los términos ordenados por la Juez de Primera Instancia.

DE LA EXISTENCIA DEL UN CONTRATO DE TRABAJO

No es materia de inconformidad en la alzada la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, mediante contrato de trabajo por obra o labor, vigente entre el 22 de febrero y 28 de mayo de 2014, en virtud del cual, la actora se desempeñó como asesora comercial en misión, en LABORATORIOS AMAVIC S.A., devengando como último salario mensual el mínimo mensual legal vigente para esa anualidad, esto es, la suma de \$616.000= (fls. 20, 23, 65, 68-74, 79 y 86).

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA

Alega la parte demandada en su recurso, que la terminación del contrato de trabajo de la actora, se produjo por la finalización de la labor para la cual fue contratada.

El artículo 45 del CST, establece como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por *«el tiempo que dure la realización de una obra o labor*

determinada», en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado; de forma tal que, concluida la labor o obra contratada, termina el contrato de trabajo, como se establece en el literal d) del numeral 1 del artículo 61 del CST, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990.

En el presente caso, establecido como se encuentra el despido de la actora, corresponde a la Sala estudiar la justa causa esgrima por el empleador para terminar la relación laboral, esto es, la finalización de la obra o labor contratada. Al respecto, de acuerdo con la cláusula segunda, del contrato de trabajo suscrito por las partes, su duración sería *“el tiempo requerido para la realización de la obra o labor para la cual fue contratado EL TRABAJADOR EN MISION. En consecuencia, este contrato terminará en el momento en que la Empresa Usuaria comunique por cualquier medio al EMPLEADOR la terminación de la obra Hola amor para la cual fue contratado EL TRABAJADOR EN MISION , sin preaviso y sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna por este concepto y por lo tanto su terminación no depende del arbitrio del EMPLEADOR, ya que por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes vinculadas laboralmente, se termina el contrato, siendo consciente de las partes de tal situación”* (fls.20,65 y 86).

Por su parte, al absolver interrogatorio, la demandante, indicó qué se encontraba incapacitada cuando recibió una llamada de la empresa demandada, informándole de la terminación del contrato de trabajo; que, no le enviaron ninguna comunicación al respecto; que, sólo le cancelaron por concepto de liquidación final de prestaciones sociales, la suma de \$180.000 que retiró el su cuenta bancaria; presentando reclamación por el no pago de sus prestaciones ante el área de Recursos Humanos y posteriormente a través del Ministerio de trabajo, sin obtener una respuesta favorable al respecto. Y, la representante legal de la demandada, informó que la relación laboral finalizó por la terminación de la obra o labor, para la cual fue contratada la actora; que, la liquidación final de prestaciones se liquidó en ceros, porque la empresa usuaria reportó una autorización de descuentos, por daño o pérdida de sus elementos; que, la duración del contrato, dependida de la necesidad de la empresa usuaria, sin que, en todo caso, pudiera superar 360 días o dos prorrogadas de 6 meses; y que, la terminación de los contratos de trabajo de los empleador en misión, puede terminarse indistintamente de la finalización del contrato con la empresa usuaria, ya que los trabajadores están atados a la necesidad de ellos, de acuerdo al incremento de la producción, enviaban la novedad del retiro, por lo que, un trabajador podría durar 2 o 3 meses y nada más.

No obra en el plenario, prueba alguna adicional de la cual se pueda establecer la terminación del vínculo comercial entre ADECCO COLOMBIA S.A. y LABORATORIOS FARMAVIC S.A., ni tampoco que esta última haya manifestado a la demandada, su intención de no requerir más los servicios de la actora, sólo obra un correo electrónico de la asistente de Gestión Humana de LABORATORIOS FARMAVIC S.A., confirmando el retiro de

Karen Mesa, a partir del 28 de mayo de 2014, sin embargo, dicha documental no fue incorporada por la a-quo, ya que se presentó de forma extemporánea (fls, 89 y 96); razón por la cual, se puede concluir que la terminación del contrato de trabajo de la demandante, no obedeció a la terminación de la obra o labor para la cual ésta fue contratada, ni tampoco acreditó la demandada, motivo diferente que justificara esa decisión, por lo que, la misma devino en injusta y, en consecuencia, habrá de confirmar la sentencia apelada, en cuanto ordenó a la accionada, el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA - ARTÍCULO 65 CST

También es objeto de inconformidad por parte de la demandada, la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria, pues, considera que, a la terminación del vínculo laboral, canceló a la trabajadora, lo que creía deberle, una vez efectuados los descuentos autorizados por ésta.

En lo que interesa a la indemnización moratoria, el artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, establece esta sanción, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, caso en cual deberá pagar al trabajador, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si transcurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato, el trabajador, no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o no hay un pronunciamiento judicial al respecto, se pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas; salvo, para los trabajadores que devenguen sólo un salario mínimo legal mensual vigente, quienes recibirán como indemnización moratoria un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se acredite el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas por el empleador.

Y en relación con los descuentos a la liquidación final de prestaciones efectuadas por los empleadores, establece el artículo numeral 1 del artículo 59 del CST:

“ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS EMPLEADORES. Se prohíbe a los empleadores:

1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:

a). Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400”.

A su vez, el artículo 149 ibidem, prohíbe al empleador *“deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento”*.

Así las cosas, en relación con este aspecto, milita a folio 74, el comprobante de pago para el mes de mayo de 2014, donde se registra descuento por la suma de \$450.157 y un neto a pagar de cero pesos a favor de la demandante.

De otra parte, en la cláusula décima primera del contrato de trabajo, suscrito entre las partes, se pactó que *“EL (LA) TRABAJADOR EN MISION (A) autoriza a EL EMPLEADOR para que a la terminación de su contrato de trabajo por cualquier causa, le descuenta del valor que le corresponda por salarios, liquidación final de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones o por cualquier otro concepto, las sumas que le deba por préstamos, consumo por llamadas telefónicas personales a celulares o fijos, el valor de las reparaciones por daños intencionales o culposos a elementos de trabajo tales como computadores, aplicaciones de sistemas, equipos de oficina, elementos, herramientas, utensilios y demás bienes que EL (LA) TRABAJADOR EN MISION (A) haya recibido para el desempeño de su cargo y que lleguen a faltar al hacer entrega de su puesto a EL EMPLEADOR”* (fls. 22, 67 y 88)

Al absolver interrogatorio, la representante legal de la demandada, indicó que la liquidación del contrato aparecía en cero, porque la Empresa Usuaria, reportó una autorización de descuentos, por parte de la trabajadora y efectuadas las deducciones correspondientes, la misma no arrojó saldo a su favor. Por su parte, la actora, manifestó que, al momento de la terminación del contrato de trabajo, sólo recibió \$180.000, que retiró del Banco AV Villas.

Así las cosas, no existe discusión respecto al no pago de la liquidación final de prestaciones sociales a favor de la demandante; ahora, respecto a la justificación dada por la demandada, esto es, los descuentos autorizados por ésta, debe advertirse que, si bien en el contrato de trabajo, se pactó una cláusula relacionada con la autorización de descuentos *“por préstamos, consumo por llamadas telefónicas personales a celulares o fijos, (...) reparaciones por daños intencionales o culposos a elementos de trabajo tales como computadores, aplicaciones de sistemas, equipos de oficina, elementos, herramientas, utensilios y demás bienes”*, también es cierto, que tal autorización no fue absoluta, razón por la que, no podía afectar el salario mínimo legal de la actora, ni la parte del salario declarada inembargable por la ley.

Sumado a lo anterior, tampoco demostró la demandada, el concepto por el cuál, efectuó la retención de \$450.157, de la liquidación final de prestaciones sociales, y es que, aunque en el libelo introductorio, la demandante, refiere que la suma descontada, correspondía a \$800.000 de propiedad de la empresa usuaria, que le fueron hurtados el 21 de abril de 2014 (hecho 5), la demandada, negó este hecho en su contestación (fl.60); y, no obra en el plenario otra prueba que permita establecer esta circunstancia; así las cosas, no se encuentra justificado el descuento efectuado a la trabajadora, y menos aún, el no pago de la liquidación total de la liquidación final de sus prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y es que la posible prueba documental de la cual podría verificarse este hecho, relacionada con una autorización para descuentos, firmada por la actora, tampoco no fue incorporada al proceso, por haberse presentando igualmente de manera extemporánea (fl. 91).

En ese orden de ideas, no encuentra dislate alguno esta Sala, respecto a la condena impuesta a la censura por concepto de indemnización moratoria, razón por la cual, habrá de confirmarse la sentencia de Primera Instancia.

Costas en esta Instancia, a cargo de la parte demandada, al haber resultado vencida en juicio. 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 16 de agosto de 2019, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por KAREN CECILIA MESA TORRES en contra de ADECCO COLOMBIA S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

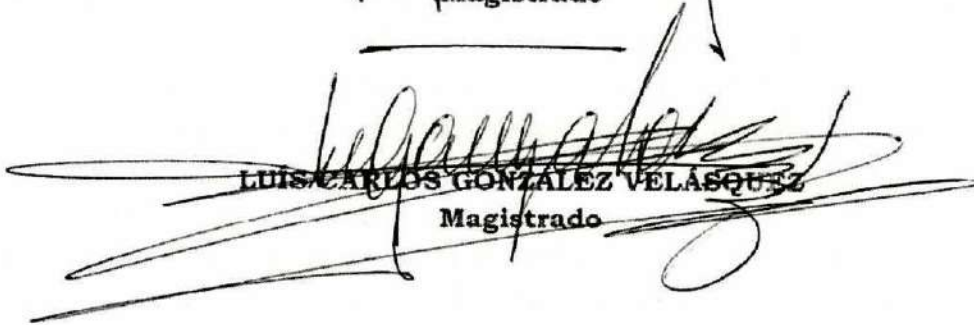
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
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: 110013105033201600705-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Pago retroactivo de los beneficios convencionales suspendidos por Acuerdo Extraconvencional.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 10 de julio de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LENIS MARÍA CHARRIS RUA** en contra de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.-** en su condición de administradora del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES -PAR CAPRECOM-**

ANTECEDENTES

LENIS MARÍA CHARRIS RUA instauró demanda ordinaria laboral en contra de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.- en su condición de administradora del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES -PAR CAPRECOM-, para que previa declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre las partes, así como de la afiliación de la demandante a SINTRACAPRECOM, su condición de beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo y el incumplimiento de los acuerdos extraconvencionales de no liquidación de la Entidad, se le reconozca y pague los beneficios convencionales de prima de junio, prima de navidad, bonificación de recreación, quinquenio, descanso especial o adicional, recreación por vacaciones, guardería, dotación, ruta de buses, nutrición infantil, causados entre el 8 de enero de 2009 y el 9 de mayo de 2016, debidamente indexado, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de su pedido, en síntesis, afirmó que, CAPRECOM, fue creada mediante la Ley 82 de 1912, fue transformada en Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante el Decreto 2519 de 2015; que, se vinculó a la demandada, como trabajador oficial, mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de jefe de tecnólogo II, desde el 8 de enero de 2009 hasta el 9 de mayo de 2016; que, durante la vigencia del vínculo laboral estuvo afiliada a SINTRACAPRECOM y es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre CAPRECOM y dicha organización sindical.

Refiere que, ante la crisis financiera en que se encontraba CAPRECOM, el 12 de junio de 2003 los trabajadores y la entidad, firmaron Acuerdo extraconvencional, donde pactaron suspender, por el término de 10 años, de manera condicionada, algunos derechos legales y convencionales, dejando estipulado que, en caso de fusión o liquidación de la Caja, la Convención Colectiva, conservaría su vigencia y dicho acuerdo quedaría sin aplicación.

Indica que, llegado el año 2013, las partes consideraron necesario continuar con el compromiso, por lo que firmaron un nuevo acuerdo, el 7 de junio de 2013, con el que ampliaron por 5 años más la suspensión de los beneficios legales y convencionales, ratificando la condición de reactivación de la Convención Colectiva, en caso de fusión o liquidación de la entidad; que, mediante Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 el Gobierno Nacional, ordenó la supresión y liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE, adquiriendo plena vigencia la Convención Colectiva de Trabajo; que, de manera libre y voluntaria, en virtud de lo establecido en el mencionado Decreto, se acogió al Plan Único de Retiro consensuado para trabajadores oficiales de CAPRECOM EICE en liquidación, suscribiendo conciliación en la que no se pactó nada respecto a las beneficios convencionales que ahora pretende.

Que, el 14 de marzo de 2016 presentó reclamación administrativa, pero, fue rechazada mediante resolución AL 02328 de 2016; que, interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado por la resolución AL 05791 de 2016, donde advierte el Agente Liquidador, que, los derechos convencionales únicamente se hacen exigibles desde el 28 de diciembre de 2015, pues, en ningún momento se contempló su retroactividad (fls.1-63 y 216-241).

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la CAJA DE PREVISION SOCIALMDE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN a través de su agente liquidador FIDUPREVISORA S.A., con escrito de folios 258 a 268, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, en cuanto los hechos, dijo en su mayoría no ser ciertos o no constarle, aceptando lo relacionado con el vínculo laboral de la demandante, y, la suscripción de los acuerdos extraconvencionales con SINTRACAPRECOM; aclarando que, nunca se

pactó la vigencia retroactiva de los derechos convencionales suspendidos; no obstante, cada trabajador, vinculado con anterioridad al año 2003 recibió una bonificación por la suspensión de los derechos convencionales, de 10 smlmv para el año 2011 y de 12 smlmv para el año 2013; además, la actora, se acogió al Plan de Retiro Consensuado, el cual puso fin a la relación laboral, por medio de acuerdo conciliatorio, donde declaró a la Entidad a paz y salvo por todo concepto. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, pago total, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, cobro de lo no debido, prescripción, incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa y no retroactividad de la norma laboral.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de julio de 2019, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la demandante, se encontraba afiliada a SINTRACAPRECOM, y era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre dicha organización sindical y la extinta CAPRECOM; condenando a la demandada, al pago de la prima convencional de junio, prima convencional de navidad, quinquenio y auxilio de transporte; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de los derechos reclamados con anterioridad al 14 de marzo de 2013; al considerar que los acuerdos extraconvencionales suscritos entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM, carecían de validez, por afectar los derechos establecidos en Convención Colectiva, al constituir una desmejora de los derechos convencionales de los trabajadores.

También declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, frente a aquellos emolumentos a lo que no tenía derecho la parte demandante, como descanso especial adicional, guardería, nutrición infantil dotación y bonificación de recreación; condenado en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia, en su totalidad, reiterando la validez de los acuerdos extraconvencionales suscritos entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM, en aras de garantizar la existencia de la entidad, y la permanencia de sus trabajadores, así como de los mismos beneficios convencionales, de quienes al momento de sus suscripción, se encontraban vinculados con la entidad; siendo tales acuerdos ley para las partes, y, por tanto, el contenido de los mismo debe ser respetado; además que, ante la no viabilidad de la entidad, en los términos acordados, la Entidad aceptó que la Convención Colectiva de Trabajo, recobró su vigencia, circunstancia que no se desconoce, pero, no puede pretenderse como lo concluyó el a-quo, que las prestaciones

dejadas de recibir durante la suspensión de los beneficios convencionales, deben pagarse, pues, nunca se contempló su retroactividad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte demandada, insistió en que, establecida la suspensión de ciertos derechos convencionales, por acuerdo extraconvencional suscrito entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, en el año 2003, por 10 años y luego en el 2013 por 5 años más, dicha norma no estableció que los derechos suspendidos quedaban sin validez y correspondía a la entidad el reconocimiento de manera retroactiva, por el contrario, las partes simplemente pactaron que *“el acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación”*, por ello las normas que se encontraban suspendidas recobraron vigencia a partir de la expedición del Decreto 2519 de 2015, que restableció estos derechos e hizo los reconocimientos pertinentes a los trabajadores que se encontraban vinculados a la entidad; además, los conceptos objeto de suspensión se agotaron en el tiempo, eran situaciones que beneficiaban personalmente a cada uno de los trabajadores, por ello no hay lugar a que se dé un reconocimiento económico como es lo que se pretende en este tipo de reclamaciones. Pide que se tenga en cuenta que, en las Convenciones Colectivas de los años 2011, 2012 y 2014, CAPRECOM, hizo reconocimientos económicos a los trabajadores vinculados a la entidad antes del año 2003, que se deben tomar como beneficios compensatorios de la suspensión de los beneficios que se establecieron en el año 2003 y 2013; y que, entre las partes se llevó a cabo un acuerdo de conciliación, que no se puede revivir en una demanda ordinaria.

Por su parte, la demandante, pide que se confirme la decisión de Primera Instancia, pues, con los acuerdos extraconvencionales se buscaban suspender, es decir, no cancelar algunas prestaciones de carácter convencional, siendo tal determinación gravosa a los intereses de la aquí demandante; de ahí que, ante la no viabilización de la Entidad, la Convención Colectiva, tiene plena vigencia y por consiguiente, fue acertada la decisión del a-quo, al declarar que la actora, tenía derecho al reconocimiento y pago de los beneficios convencionales que dejó de percibir durante la vigencia de dicho acuerdo.

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 en el artículo 66A del CPTSS, conforma a la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandada, considera la Sala, que se deberá determinar si con ocasión de la liquidación de la entidad CAPRECOM, mediante Decreto 2519 de 2015 y la reactivación de los derechos suspendidos temporalmente

mediante los Acuerdos extraconvencionales suscritos entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, a la demandante, le asiste o no el derecho al reconocimiento retroactivo de las prestaciones convencionales causadas entre el 8 de enero de 2009 y el 9 de mayo de 2016.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LA DEMANDANTE

No fue objeto de discusión en la alzada, que la demandante, prestó sus servicios para la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, como trabajadora oficial, desde el 1 de agosto de 2009 y hasta el 9 de mayo de 2016, desempeñando el cargo de tecnólogo II, y devengando como último salario la suma de \$2.723.862; y que, la relación laboral finalizó por acuerdo de conciliación celebrado entre las partes el 5 de mayo de 2016, suscrito ante el Grupo de Resolución de Conflictos y conciliaciones del Ministerio de Trabajo, por haberse acogido la actora al Plan de Retiro Consensuado ofrecido por CAPRECOM (fls. 65-73, 309-310, 358 y 434-449).

Tampoco fue objeto de controversia, la afiliación de la demandante a SINTRACAPRECOM, como se advierte de la certificación obrante a folio 136 del plenario.

DEL PAGO RETROACTIVO DE LOS BENEFICIOS CONVENCIONALES A PARTIR DEL LIQUIDACIÓN DE CAPRECOM

Alega la demandada, en su recurso, que si bien, en los acuerdos extraconvencionales suscritos entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM, en los que se pactó la suspensión de algunos beneficios convencionales, mientras se determinaba si la entidad, superaba o no la crisis financiera que atravesaba, también se contempló la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo, en caso de no resultar viable su recuperación; nada se dijo respecto la retroactividad de derechos convencionales que no se cancelaron en vigencia de los acuerdos, por lo que, mal puede reconocerse algo que no se contempló en el acuerdo de voluntades, que es ley para las partes.

Al respecto, militan en el plenario las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, 2012-2013 (fls.416 y 414-431) y 2014-2015 (fls. 179-199). Igualmente se allegó acta de acuerdo extraconvencional, suscrita en 12 de junio de 2003, entre las mismas partes, en el que se estipuló que, dada la crítica situación financiera de la entidad, se acordaban la suspensión parcial y temporal de algunas cláusulas convencionales por espacio de 10 años, relacionadas con dotaciones extralegales, derechos adquiridos en salud, dotación, auxilio de transporte, descanso especial o adicional, prevención del sida, vacunación contra la hepatitis B, nutrición infantil, bonificación de recreación, guardería, dotación de libros y aportes educativos; señalando en el numeral 8 que, en caso de la no viabilidad de la CAPRECOM, y que, se determinara

por parte del Gobierno su fusión o liquidación la Convención, conservará su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación (fls.198-201 y 434-438)

El 7 de junio de 2013, CAPRECOM y la organización sindical SINTRACAPRECOM, decidieron prorrogar el acuerdo extra convencional del año 2003, por el término de 5 años, de manera parcial, acortando un incremento salarial a partir de junio de 2013, reactivar el beneficio de descanso especial o adicional, así como la bonificación especial de recreación, el pago de una bonificación y una prima de productividad; dejando de la misma constancia respecto a la vigencia de la convención colectiva en caso de fusión o liquidación de la entidad por decisión del Gobierno nacional quedando sin aplicación el acuerdo extra convencional (fls.204-209 y 440-459).

Igualmente se encuentra demostrado y no ofrece discusión que, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2519 del 28 de diciembre del 2015, ordenó la supresión de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE, y su proceso de liquidación; por lo que hasta ese momento se mantuvo el acuerdo extraconvencional de suspensión de los beneficios convencionales.

Ahora bien, considera la Sala, que respecto a los acuerdos extraconvencionales no hay lugar a duda o interpretación, pues, es claro que las partes acordaron que en caso de producirse la fusión o liquidación de la CAPRECOM EICE, la Convención Colectiva de Trabajo, cobraría vigencia, sin que contemplaran el reconocimiento de los beneficios suspendidos en forma retroactiva, de modo que, una vez acaecida la condición resolutoria de la suspensión, esto es, la liquidación de la entidad, la Convención Colectiva, entró en pleno rigor, pero, a partir de ese momento y hacia el futuro, ya que, dentro de los acuerdos extraconvencionales, que son ley para las partes, no se estipuló lo contrario, pues, la retroactividad de la ley, tienen carácter excepcional y debe estar expresamente previstas en el ordenamiento; además, que sentido tiene que, se pacte la suspensión de los beneficios convencionales, para aliviar la difícil situación económica de la entidad, si una vez ordenada su supresión, porque justamente carecía de los recursos para sostenerse financieramente, los trabajadores reclamen el pago retroactivo de lo que por mutuo consentimiento acordaron no recibir, en aras de salvar la Entidad.

En todo caso, valga la pena señalar que, a la trabajadora, en vigencia de la relación laboral se le reconocieron derechos convencionales, además recibió el pago de bonificaciones y en virtud del Plan de Retiro Consensuado, le fueron reconocidos por parte de CAPRECOM, beneficios convencionales hasta el 5 de mayo de 2016, cuando se produjo la terminación de su contrato de trabajo, por acuerdo conciliatorio (fls. 350, 368, 380-382, 385-387, 392, 401-402, 411, 416, 420-421, 432-444); de ahí que no haya lugar al

reconocimiento de las prestaciones reclamadas, razón por la cual, se revocará la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la instancia al no haberse causado. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandante.

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

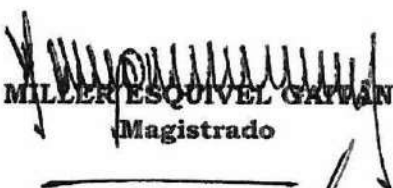
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.-** en su condición de administradora del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANANTES DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES -PAR CAPRECOM-**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **LENIS MARÍA CHARRIS RUA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

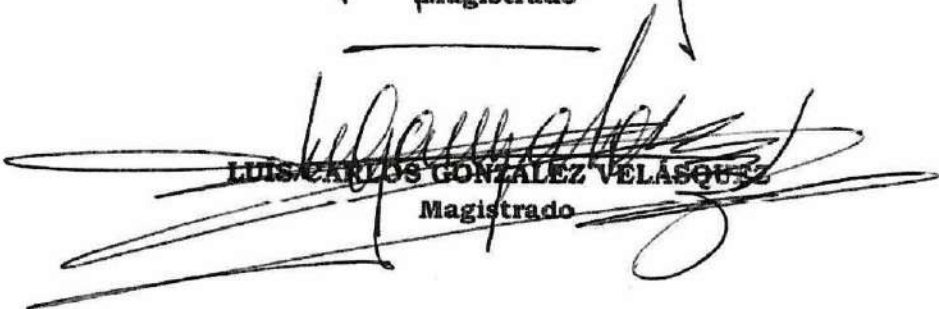
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia, por no haberse causado. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandante.

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005201700259-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Pago liquidación final de prestaciones sociales – prima extralegal de campo y viáticos como factor salarial

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 22 de julio de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RICARDO AUGUSTO RIVEROS MICAN** en contra de **TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANSMETA S.A.S**

ANTECEDENTES

RICARDO AUGUSTO RIVEROS MICAN promovió demanda ordinaria laboral en contra de la TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. EN REORGANIZACIÓN - TRANSMETA S.A.S., para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo, a término indefinido, entre el 29 de junio de 2011 y el 10 de febrero de 2017, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones compensadas en dinero, horas extras diurnas y nocturnas, recargo diurno, dominical y festivo, compensatorios, indemnización por despido sin justa, y su correspondiente reajuste incluyendo el valor de la prima extralegal de campo y los viáticos prestacionales; así como el reajuste de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, indemnización moratoria e indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, el 29 de junio de 2011, celebró contrato de trabajo a término indefinido, con la demandada, para desempeñarse como conductor de tractocamión; que,

el 1 de agosto de 2014, las partes suscribieron otrosí al contrato de trabajo, pactando el pago de \$16.800, por concepto de auxilio mensual de transporte, no constitutivo de salario, y que, se pagaría por el término de cumplimiento del contrato MA-0001561 de transporte de líquidos celebrado con ECOPETROL; que, el 5 de septiembre de 2014, suscribieron un nuevo otrosí, acordando un salario básico mensual de \$1.696.433, por el término de 60 días o mientras la demandada, requiriera sus servicios para las actividades del mismo contrato; además de pactar que, la prima extralegal de campo, pagada al trabajador, se otorgaba por mera liberalidad del empleador, sin que constituyera salario.

Indica que, en desarrollo del contrato de trabajo, debía transportar petróleo y sus derivados, a diferentes zonas, municipios y ciudades del país, de forma habitual y permanente, por lo que, además del salario básico mensual, se le cancelaba el valor del trabajo suplementario en días ordinarios y de descanso obligatorio, la prima extralegal de campo y desde el 1 de septiembre de 2014, el auxilio de transporte y un rubro denominado viáticos prestacionales, que soportaba la demandada, a través de un documento denominado "*control de gastos de transporte-cargue, descargue y otros*", mediante el cual se le liquidaban los gastos de viaje, esto es, manutención y alojamiento, valor que se incrementaba anualmente, y que, tampoco constituía salario.

Refiere que, la prima extralegal de campo, pasó a convertirse en factor salarial, a partir del 1 de octubre de 2015, pero, entre el 29 de junio de 2011 y el 30 de septiembre de 2015, no se incluyó en la liquidación de sus prestaciones sociales, vacaciones, ni en las cotizaciones a pensión, como tampoco, se tuvo en cuenta para ello, el valor cancelado a su favor, por concepto de viáticos; además, informa que, el 10 de febrero de 2017, la demandada, terminó el contrato de trabajo, de forma unilateral y sin justa causa, sin haberle cancelado, a la fecha de presentación de la demanda, su liquidación final de prestaciones sociales, pese a exigirle la firma de dicho documento, para su pago, lo que no cumplió la demandada (fls. 68-77).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANSMETA S.A.S., dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible de folios 95-114, oponiéndose a las pretensiones y negando la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con el cargo desempeñado por el actor, que si aceptó; aclarando que, durante la vigencia de la relación laboral, le canceló al demandante, salarios y prestaciones sociales, quedando claramente establecido, tanto en el contrato de trabajo, como en los otrosí firmados, que, las primas extralegales recibidas por el actor, no constituían salario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, al no remunerar directamente el servicio

prestado, sino corresponder a la mera liberalidad del empleador; no obstante, a partir de octubre de 2015, tal concepto se incluyó como factor salarial; sin que el trabajador en vigencia de la relación laboral haya manifestado inconformidad alguna al respecto, al punto que, el 31 de diciembre de 2014, suscribió de manera libre y voluntaria paz y salvo, declarando que entre el 3 de noviembre de 2011 y esa fecha, había recibido de manera completa y oportuna, salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y trabajo suplementario.

Además, que, los denominados gastos de viaje, tampoco tenían carácter salarial, pues, estaban destinados al pago de gasolina, parqueaderos y peajes, y, sólo ocasionalmente se le reconocía el valor del hospedaje; que, esa Sociedad, entró en proceso de reorganización empresarial, el 17 de abril de 2017, lo cual fue informado al actor, reconociendo una obligación pendiente de pago a su favor, por la suma de \$13.344.266. Propuso las excepciones previas de inepta demanda y prescripción, resueltas en audiencia del 9 de julio de 2018 (fl. 176); y las de fondo, que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de julio de 2019, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la demandada, a la reliquidación y pago de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria, debidamente indexados; declarando parcialmente probada la excepción de prescripción, de las pretensiones causadas, con anterioridad al 10 de febrero de 2014, salvo el auxilio de cesantías y los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Lo anterior, al considerar que, la prima extralegal de campo, al comienzo de la relación laboral, le fue reconocida al trabajador como factor salarial, no obstante, con posterioridad, la demandada, quiso a través de un otrosí, desconocerle dicha condición de forma retroactiva, pese a ser un derecho ya constituido a favor del actor, cancelado en forma habitual, y que, si estaba destinada a retribuir el servicio del demandante, pues, le era recocida, dependiente del número de viajes que éste realizara; y, en cuanto a los viáticos, tal concepto, por expresa disposición legal, son constitutivos de salario, y en tal sentido, verificadas las pruebas documentales aportadas por las partes, advirtió el -quo, una diferencia notable, entre los salarios y prestaciones canceladas al trabajador, respecto a lo que realmente le correspondía incluyendo los conceptos de manutención y alojamiento, resultando procedente, la reliquidación y pago de la liquidación final de prestaciones, comoquiera que, durante la relación laboral, la demandada, cumplió con el pago de las obligaciones laborales a su cargo. Ordenó el pago de la indemnización moratoria, hasta el mes de abril de 2017, cuando se aceptó la apertura del proceso de reorganización de la demandada y la

indexación de las condenas impuestas, a partir de mayo de 2017, ya que, a partir de ese momento y hasta su pago, se verían afectadas por el fenómeno de la devaluación monetaria.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La parte actora, pide que se reforme la sentencia apelada, condenando a la demandada, al pago del valor que ésta ya reconoció adeudarle al trabajador, en la liquidación final de prestaciones sociales, esto es, la suma de \$13.344.266; y que, sea sobre dicho valor, que se practique la reliquidación, incluyendo la prima extralegal de campo y los viáticos reconocidos como factor salarial.

Por su parte, la demandada, solicita que la decisión de Primera Instancia, se revoque en su totalidad, absolviéndola de todas y cada una de las pretensiones, ya que, en vigencia del vínculo laboral, actuó de buena fe, cancelando al trabajador, todas las obligaciones laborales a su cargo; sin que resulte admisible que, pese a que el actor, el 31 de diciembre de 2014, declaró que esa Sociedad se encontraba a paz y salvo, por todo concepto con él, ahora desconozca lo acordado durante la relación laboral, respecto al carácter no salarial de los pagos efectuados por mera liberalidad, para obtener el reconocimiento de lo que ya se le pagó; reitera que, es no procedente reconocerle al carácter de factor salarial a los denominados viáticos, ya que, su finalidad era cubrir los gastos de transporte, y algo de hospedaje, pero de forma ocasional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, ninguna de las partes se pronunció 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 en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación presentado por las partes, considera la Sala, que el problema jurídico a establecer, se contrae a establecer si los pagos acordados con el demandante, como beneficio extralegal, no salarial, y que correspondían a prima extralegal de campo y viáticos, constituyen verdaderos factores

salariales; en caso afirmativo, determinar, si fue acertada la decisión del Juez de Primera Instancia al reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones, aportes al Sistema General de Pensiones e indemnización por despido sin justa causa, o si, como lo sostiene la parte demandante, debió ordenarse dicho reajuste sobre el valor de la liquidación final de prestaciones que reconoció la demandada, adeudarle al trabajador; además, de verificar, si la conducta de la demandada, estuvo revestida o no de buena fe.

DE LA EXISTENCIA DEL UN CONTRATO DE TRABAJO

No es materia de discusión en el presente asunto, que entre el demandante y la demandada TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. EN REORGANIZACIÓN – TRANSMETA S.A.S, existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 29 de junio de 2011 y el 10 de febrero de 2017, desempeñándose como conductor de tractocamión, tal y como lo concluyó el fallador de Primera Instancia, y se corrobora, entre otros, con el contrato de trabajo y sus otrosíes (fl. 7-17 y 116-130), la carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 133), la liquidación final del contrato de trabajo (fl. 66 y 134) y la certificación laboral (fls. 67 y 139).

DE LA PRIMA EXTRALEGAL DE CAMPO COMO FACTOR SALARIAL

Afirma la parte demandada, en su recurso, que la prima extralegal, de campo, era un beneficio concedido al trabajador, por mera liberalidad; respecto del cual, las partes pactaron que no constituiría factor salarial, tal y como se determinó en el contrato de trabajo y los otrosíes firmados; hecho ratificado por el trabajador, al declarar a paz y salvo por todo concepto a su empleador, mediante documento suscrito el 31 de diciembre de 2014.

En tal sentido, establece el artículo 127 del CST: *“ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera 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 días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...”*, de donde se desprende que todo pago hecho al trabajador, no importa el concepto o definición que se le dé, hace parte del salario, pago que, por supuesto, debe corresponder a la retribución que el empleador hace al trabajador por la prestación de sus servicios. Mientras que el artículo 128 de ese mismo Código reza: *“PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. 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...”; pudiéndose colegir, por tanto, que aquellos pagos que no corresponden a una contraprestación por la labor del trabajador, no pueden considerarse salario, como bien es el caso de las indemnizaciones, en los términos del artículo 130 del CST, o pagos por mera liberalidad del empleador, entre otros.

De la anterior disposición bien puede afirmarse que las partes tienen la posibilidad de pactar qué sumas extralegales no constituyen factor salarial, estipulación que solo resulta ineficaz en la medida en que contravenga los derechos mínimos del trabajador o desmejore sus condiciones laborales.

En ese orden de ideas, pese a que la ley no prohíbe que los sujetos de la relación laboral pacten la desalarización de determinados beneficios directos del contrato de trabajo, le corresponde en últimas al Juez Laboral, verificar la legalidad de dicho acuerdo de voluntades, puesto que, en virtud de lo pactado, no es posible desfigurar la naturaleza salarial de las erogaciones remuneratorias del trabajo, dado que el artículo 43 del CST prevé la ineficacia de las estipulaciones o condiciones que sean contrarias a la ley.

Así, cuando se trate de un pago al que la ley no le otorgue directamente la índole de salario, habrá que determinarse si esa naturaleza se presenta por reunirse los elementos con los que el legislador pretendió definir el concepto de salario. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juzgador laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.

Al respecto, para dirimir el conflicto de si tener prima extralegal de campo, como factor salarial para la reliquidación de las prestaciones sociales, es necesario traer a colación la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 16 de mayo de 2018, con radicación No. 63988, reitera en la 84485 del 14 de octubre de 2020, en la que se estableció que:

“... por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas

ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y (v) «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» (art. 128 CST).

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, **es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.**

En sede de instancia, es necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, **no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»** (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), **no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.**

De lo anterior se observa fácilmente que, tal como lo determinó el a quo, **los pagos recibidos por el demandante eran habituales, periódicos y permanentes, pues fueron percibidos casi en todos los meses de los años 2006 a 2009.**

Adicionalmente, la Corte advierte que las denominadas bonificaciones en realidad eran comisiones; es decir, pagos correlacionados con el cumplimiento de determinadas metas a cargo de los analistas de crédito de la Fundación Mundo Mujer. En otros términos, **son remuneraciones ligadas al desempeño o la actividad del trabajador, que, por tanto, son claramente retributivos.**” (Negrilla fuera de texto)

En el asunto que nos ocupa, de acuerdo con la cláusula tercera del contrato de trabajo, suscrito entre las partes “las partes acuerdan, expresamente, que no constituyen salario los pagos o reconocimientos que se le hagan a EL

TRABAJADOR en dinero y/o en especie por concepto de beneficios o auxilios ocasionales o habituales, tales como: Alimentación, habitación, vestuario, transporte, hoteles, aguinaldos, pasajes, uniformes, sobresueldos, primas o bonificaciones extralegales de vacaciones, de servicio, de antigüedad, y de Navidad, auxilios o becas para estudios, auxilios por muerte de familiares o por calamidad doméstica, auxilios o reconocimientos por drogas o consultas médicas u odontológicas, bonos por desplazamientos o cualquier otro pago o beneficio” (fls. 8-9 y 117-118).

Además, en el párrafo de la cláusula sexta, también se pactó que *“Para cada caso en particular de traslados permanentes o temporales mayores a un (1) mes, EL EMPLEADOR analizará las condiciones económicas individualmente y podrá libremente reconocer los gastos correspondientes a su traslado” (fl.9 y 118); y, en el párrafo segundo de la cláusula décimo séptima, se reiteró que “Es entendido que las gratificaciones y las bonificaciones que ocasionalmente EL EMPLEADOR haga a EL TRABAJADOR por mera liberalidad no constituye salario para ningún efecto” (fls. 12 y 121).*

Adicionalmente, mediante otrosí del 1 de agosto de 2013, demandante y demandada, establecieron que *“SEGUNDA.- LAS PARTES, reconocen que EL EMPLEADOR, siempre ha otorgado por mera liberalidad a EL TRABAJADOR una prima extralegal de campo no constitutiva de salario, por tanto, es intención de LAS PARTES formalizar a través del Contrato de Trabajo, el pago de la prima extralegal de campo; en consecuencia LAS PARTES convienen expresamente que EL TRABAJADOR, continuará recibiendo por mera liberalidad, el pago denominado como “PRIMA EXTRA LEGAL DE CAMPO”, cuyo valor es proporcional al tiempo en que EL TRABAJADOR permanezca por fuera de la ciudad de Bogotá D.C.. PARAGRAFO PRIMERO: LAS PARTES convienen que de conformidad con los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo de Trabajo, esta “PRIMA EXTRALEGAL DE CAMPO” se otorga por mera liberalidad de EL EMPLEADOR y no ha sido ni es constitutiva de salario para ningún efecto”. (Folios 123 y 125).*

Luego, el 1 de agosto de 2014, nuevamente las partes, suscribieron otrosí al contrato acordando *“expresamente que EL TRABAJADOR, recibirá a partir del primero (1) de agosto de dos mil catorce 2014, y solo por el tiempo en que EL TRABAJADOR desarrolle sus actividades para cumplimiento del contrato No. MA-0001561 de transporte de líquidos, celebrado entre ECOPETROL y TRANSMETA S.A.S., un auxilio mensual de transporte por valor de DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$16.800) M/L, el cual se hará efectivo mediante consignación en la cuenta de nómina registrada por El TRABAJADOR. De igual manera LAS PARTES convienen que el mencionado auxilio, no constituirá salario, ni factor salarial para ningún efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 128 de Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 15 Ley 50 de 1990 y demás normas que lo adicionen, modifiquen, etc...”(fls. 14).*

Al absolver interrogatorio de parte, el actor, informó que, en diciembre de 2014, firmó un documento de transacción, que la demandada, no le dejó leer, y, a cambio le ofrecieron \$1.000.000 o de lo contrario, el jefe inmediato, le dijo que lo despedían; indicó que, la prima extralegal de campo, era pagada por kilómetro recorrido o por la cantidad de trabajo que hiciera con el vehículo, por lo tanto, era variable; que, además recibía un dinero para manutención y alojamiento, equivalente, al comienzo de la relación laboral, a \$40.000 y para 2015, era de \$50.000; adicionalmente, le daban un aporte para peajes y despichadas; el combustible no lo pagaban, porque la empresa, tenía convenio con las estaciones de servicio.

También declararon en el proceso JOHN MARIO VALERO BENAVIDES y HUMBERTO SILVA RUIZ, compañeros de trabajo del demandante, quienes también se desempeñaron, en la demandada, como conductores de tractocamión; y, señalaron que, a todos los conductores, les pagaban la prima extralegal de campo, por kilómetros recorridos, y tenía unas tarifas dependiendo si el viaje se hacía con el vehículo cargado o vacío, y después, pasó a depender del número de viajes; que, la empresa cancelaba mensualmente dicho concepto, salvo cuando salían a vacaciones, porque no hacían ningún recorrido; adicionalmente, recibían un pago para manutención, que ellos denominaban viáticos, correspondientes a una suma diaria, por ejemplo, por 6 días de viaje y si el conductor, tardaba más días, el dinero que gastaba le era reembolsado por la empresa; que, la demandada, les hacía firmar muchos otrosíes, los presionaban y amenazaban con despedirlos si no firmaban, en una ocasión les ofrecieron \$1.000.000; refieren el caso de otros dos compañeros, que se negaron a firmar y salieron de la empresa, incluso uno agredió al jefe inmediato y se fueron a los golpes.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisados los comprobantes de nómina visibles a folios 40 a 59, 146 a 148, así como el reporte del sistema de nómina, de folios 182 a 184, advierte la Sala, que la demandada, cancelaba al demandante, de forma habitual y permanente, la denominada prima extralegal campo; y es clara su finalidad retributiva, pues, se pagaba al trabajador dependiendo de los kilómetros recorridos o los viajes realizados; adicionalmente, de las cláusulas antes citadas, se advierte que dicho beneficio fue plasmado de manera general y abstracta, por lo que la aludida cláusula de exclusión salarial se torna ineficaz al no ser el aludido acuerdo totalmente claro, expreso, preciso y detallado respecto del monto a conceder y la destinación, pudiendo disponer el trabajador del mismo como lo considerara.

De otro lado, en cuanto a la carga probatoria de la empresa, se estableció por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 5159 del 14 de noviembre de 2018, lo siguiente:

"(...) Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en la mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o llevar su calidad de vida.

(...)

En primer lugar, tanto el auxilio de gastos médicos y la pensión voluntaria eran entregados en dinero a la trabajadora para que ella dispusiera inmediatamente de esos recursos. Por esta vía la demandante podía emplear esos dineros en la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario, tales como vivienda, salud, educación alimentación, recreación entre otros. Es decir, la supuesta destinación específica alegada por la empresa se derrumba con el hecho de que esos auxilios eran traducidos en dinero para que la trabajadora dispusiera de ellos como a bien tuviera."

Conforme a lo anterior, es importante señalar que la empresa nunca reguló el destino de los dineros que se entregaron al demandante, razón por la cual, resulta acertada la decisión del Juez de Primera Instancia en este sentido, y así se confirmará.

DE LOS VIÁTICOS

Manifiesta la parte demandada, en su recurso, que los viáticos entregados al demandante, no eran constitutivos de salario, porque su finalidad era cubrir los gastos de transporte, y algo de hospedaje, pero de forma ocasional.

Respecto a este concepto, dispone el artículo 130 del CST:

"ARTICULO 130. VIATICOS.

1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.

3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.". (Negrilla fuera de texto).

De la norma transcrita se entiende que los viáticos constituyen salario siempre que sean habituales y cubran conceptos como manutención y alojamiento. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de noviembre de 2018, con radicación 64018, fijó como requisitos a tener en cuenta para determinar la

incidencia salarial de los viáticos y su permanencia, (i) que tengan carácter habitual, (ii) que los desplazamientos sean ordenados por el empleador, (iii) que las actividades encargadas estén relacionadas con funciones propias del cargo y (iv) que se otorguen para gastos de manutención y alojamiento.

Descendiendo al caso en concreto se tiene que una relación de los gastos por parqueadero, peajes y lavado, entre otros, cancelados al trabajador entre enero de 2013 y febrero de 2017 (fls.193-391); el reporte del sistema de nómina, de folios 182 a 184, donde se relaciona, desde febrero de 2014, el pago mes a mes, del concepto viáticos prestacionales; además, tanto el demandante, como los testigos, fueron coincidentes en sus declaraciones, al señalar que la empresa demandada, les daba por viaje, en un comienzo \$40.000 diarios y para el año 2015 fueron \$50.000, para manutención y alojamiento, que siempre se cancelaba a todos los conductores, salvo cuando salían a vacaciones, y no hacían viajes; que, dicho pago dependía de los días que tardaran en cada traslado y si no les alcanzaba, gastaban de su propio dinero y la empresa les reembolsaba esos gastos.

Frente a lo anterior, se tiene que los conceptos de alimentación o habitación fueron pactados entre las partes como no constitutivos de salario, sin embargo, no puede ser de recibo que un pacto del trabajador y del empleador en el contrato de trabajo supla o modifique el contenido de las normas de orden público y vulnere los derechos mínimos e irrenunciables establecidos por ley para los trabajadores, dado que como ya se indicó el Legislador estableció que cuando los viáticos son permanentes, habituales o frecuentes constituyen salario, denominados bajo el concepto de manutención o alimentación, alojamiento o vivienda, en razón a que tienden a cubrir los costos del trabajador, que usualmente y mientras permanece en su sede, hubiere tenido que sufragar con su salario; por lo tanto, en el presente caso, se encuentra más que acreditado que la empresa le canceló al demandante, viáticos de manera frecuente, los cuales estaban destinados a brindar al trabajador manutención y alojamiento; sin que la demandada, lograra acreditar que dicho pago estaba destinado a otro concepto; acreditada la causación o periodicidad de los viáticos que percibía el actor, se confirmará la sentencia apelada.

DEL PAGO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE PRESTACIONES

Finalmente, solicita la parte actora, que se reforme la sentencia que se reforme la sentencia de Primera Instancia, ordenando además de los reajustes, el pago de la liquidación de prestaciones sociales, que la demandada, aceptó adeudarle al trabajador; no obstante, tal petición no resulta procedente, si se tiene en cuenta que el Juez de Primer Grado, en su decisión, ya reajustó las prestaciones sociales, que se encuentran allí relacionadas; por lo que, de acceder a lo solicitado por la parte actora, se condenaría a la demandada a realizar un doble pago por los mismos conceptos; lo que conduce a confirmar la decisión del a-quo.

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

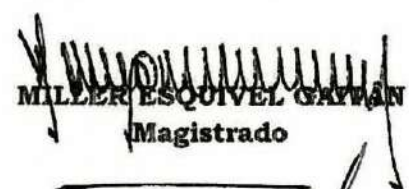
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2019, por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RICARDO AUGUSTO RIVEROS MICAN EN CONTRA DE TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. EN REORGANIZACIÓN -TRANSMETA S.A.S., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

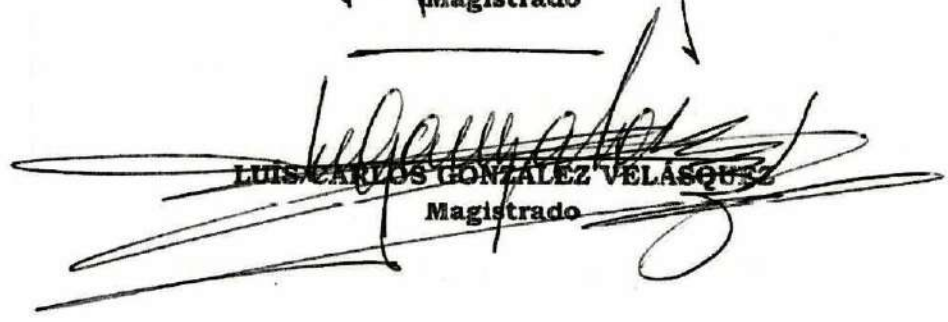
SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL 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: 110013105037201700587-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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 - Pacto de desalarización – reliquidación prestaciones sociales – indemnización por despido sin justa causa – indemnización moratoria – solidaridad artículo 34 CST.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 5 de marzo de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DIANA JULIETH GONZÁLEZ ÁVILA** en contra de **ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** y la llamada en garantía **JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.**

ANTECEDENTES

DIANA JULIETH GONZÁLEZ ÁVILA promovió demanda ordinaria laboral en contra de ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo con la primera, se condene a las demandadas, solidariamente, al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, por no incluir en su liquidación, la totalidad de los factores salariales devengados, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización por despido sin justa causa, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, el 16 de junio de 2010, suscribió contrato de trabajo por obra o labor, con ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., para desempeñar el cargo de profesional en gestión del riesgo, asesorando varias empresas afiliadas a la

COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., donde laboró, en virtud de un contrato de prestación de servicios, suscrito entre las demandadas; devengando un salario básico, más auxilio de capacitación, prima extralegal, auxilio de transporte extralegal y auxilio de comunicación, de forma habitual; sin embargo, dichos conceptos, no fueron tenidos en cuenta por esa demandada, para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, ni aportes al Sistema de Seguridad Social.

Indica que, el 10 de enero de 2017, la demandada ADECCO SERVICIOS DE COLOMBIA S.A., dio por terminado el contrato de trabajo, de manera unilateral, alegando como justa causa, el cese de la actividad contratada por la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.; no obstante, una vez desvinculada, el cargo continuó siendo desempeñado por otra persona. Que, el 22 de mayo de 2017, elevó reclamación a las demandadas, solicitando el pago de las sumas adeudadas, sin obtener una respuesta favorable al respecto (fls. 2-10 y 118-143).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible de folios 260 a 271, oponiéndose a las pretensiones y aceptando la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con los conceptos que considera la demandante, constitutivos de salario, respecto a lo cual indicó que, en la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito con la actora, se pactaron remuneraciones salariales y no salariales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 128 del CST, estableciendo como auxilios temporales no prestacionales, el auxilio no salarial por capacitación, salud y bienestar, transporte adicional y/o extralegal, auxilio por comunicaciones, y, prima extralegal ARP, sumas reconocidas, no con el ánimo de incrementar el patrimonio de la demandante, sino para el cabal cumplimiento de las actividades contratadas. Así mismo, aclaró que, la terminación del contrato de trabajo se produjo por el cumplimiento de la labor para la cual fue contratada. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, pago, inexistencia de solidaridad entre las demandadas, terminación del contrato por una justa causa objetiva.

La COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., según contestación obrante de folios 188 a 211, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; señalando que, la demandante, no fue su trabajadora, por lo tanto, no le adeuda suma alguna; aclaró que, suscribió un contrato comercial con ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., como proveedor, con licencia de salud ocupacional, para prestar a manera de outsourcing, servicios de planes de prevención, entre otros, en virtud de la facultad de administración de las ARL. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de

causa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y compensación; llamando en garantía a JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.

La aseguradora, antes mencionada, señaló que, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A. y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., expidió la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 6769, que contiene, entre otros, el amparo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. Propuso las excepciones de terminación por justa causa del contrato de trabajo suscrito entre DIANA JULIETH GONZÁLEZ ÁVILA y ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., improcedencia de reliquidación o reconocimiento de conceptos adicionales a los ya cancelados a la demandante, por su empleador, inexistencia de incumplimiento de obligaciones laborales por parte del tomador de la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 6769, inexistencia de solidaridad entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR en los términos del artículo 34 del CST, ausencia de cobertura de factores prestacionales extralegales por parte de la póliza de seguros de cumplimiento, límite del valor asegurado y la genérica (fls.324-342).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de marzo de 2019, el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo, por obra o labor contratada, entre la demandante y ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., del 16 de junio de 2010 al 10 de enero de 2017; condenando a las demandadas, al pagar solidariamente, la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social; además de la indemnización por despido sin justa causa.

Lo anterior, al considerar que la demandante, acreditó el despido, sin que se haya demostrado por parte de la demandada ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., la causal invocada respecto a la finalización de la obra contratada, pues, no existen elementos probatorios que permitan demostrar la finalización del vínculo comercial con la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. S.A., ni que ésta última haya manifestado expresamente su voluntad de terminar esa relación comercial; no obstante, ante la imposibilidad de determinar con exactitud la fecha de finalización del vínculo entre ADECCO y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., conforme a lo establecido en el artículo 64 del CST, el a-quo, ordenó únicamente el pago de 15 días de salario, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Respecto a los pagos por auxilio no salarial de capacitación, salud y bienestar, argumentó que, si bien estaban respaldados con el pacto de exclusión salarial, fijado en la cláusula quinta del contrato de trabajo, las pruebas testimoniales, permitían concluir que la trabajadora, no recibió

capacitaciones, perdiendo sentido, razonabilidad y finalidad el pacto salarial celebrado entre las partes, por este concepto, por lo que, debía ser tenido en cuenta como factor salarial, pero, hasta el 28 de agosto de 2014, cuando todos los factores reclamados desaparecieron y quedaron incluidos en la base salarial en un 100%; en relación con la prima extralegal ARP, lo tuvo en cuenta para la reliquidación reclamada, pues, dicho concepto no quedó incluido en el pacto de desalarización consagrado en el contrato de trabajo, además al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., manifestó que este pago estaba destinado a retribuir el servicio, constituyéndose conforme al artículo 127 del CST, como factor salarial.

Frente al auxilio de transporte adicional y comunicaciones, señaló que, no se dirigían a retribuir expresamente el servicio, ya que, para el ejercicio de su labor, la demandante, necesariamente requería movilizarse y comunicarse con los clientes, circunstancia que se sumada al pacto de desalarización, fijado en el contrato de trabajo, le permitió concluir que tales conceptos se encontraban excluidos como factor salarial.

Declaró no probada la excepción de prescripción de las pretensiones causadas con anterioridad al 22 de mayo de 2014, salvo la reliquidación del auxilio de cesantías que no corrió la misma suerte por hacerse exigibles sólo hasta la terminación del contrato de trabajo.

No decretó la sanción por la no consignación de la cesantías en un fondo, ni al pago de la indemnización moratoria, al no encontrar demostrada la mala fe ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., quien tenía el convencimiento respecto a que las sumas canceladas por auxilios extralegales no constituían factor salarial, no existiendo ánimo defraudatorio de su parte.

Finalmente, en relación con la solidaridad, en los términos del artículo 34 del CST, dada la naturaleza legal de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR, como administradora de riesgos laborales, su objeto social, se hallaba íntimamente ligado con la labor realizada por la demandante, de acompañamiento y capacitación de los empleadores, y, en especial de sus comités paritarios o vigías de seguridad y salud en el trabajo, para la implementación del Sistema General de Seguridad y Salud en el Trabajo, prestando asistencia y asesoría en dicho concepto y en especial las actividades de promoción y prevención; ordenando a la llamada en garantía JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., cubrir la totalidad de las condenas, con la póliza de cumplimiento No. 6769.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, los apoderados de las partes y de la llamada en garantía, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La parte demandante, solicita la revocatoria parcial de la sentencia, señalando que, las demandadas, eran las llamadas a acreditar la terminación de la relación comercial, carga que no cumplieron, razón por la cual, debe entenderse que el contrato de prestación de servicios celebrado entre ellas, sigue vigente y por tanto, la condena por indemnización por despido sin justa causa debería ir, al menos, hasta la fecha en que se contestó la demanda o como se advierte de la cláusula quinta del contrato suscrito entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A. y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., por lo menos, entender que se mantuvo hasta junio de 2017 o dársele el trato de un contrato a término indefinido, y por ende, liquidar la indemnización, de la misma forma que se liquida para esa clase de contratos.

Insiste en la inclusión de los demás factores que no ordenó el Juez de Primera Instancia, como factor salarial, para el reajuste de sus prestaciones, pues, la actora, los devengó de forma periódica y habitual. Alega que, como la sentencia reconoce algunos derechos, debería ser a partir de esa decisión, que se cuenten los términos de prescripción y no como lo ordenó el a-quo, pues, hasta ahora se le está otorgando el derecho.

Pide que se conceda la indemnización moratoria, por estar más que acredita la mala fe del empleador ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., y analizar la existencia de un contrato realidad entre la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., y la demandante, como se desprende de la declaración de solidaridad.

ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., indica que, desde la suscripción del contrato de trabajo, la demandante, tenía conocimiento y aceptó el pago de unos conceptos no constitutivos de salario; no comparte la condena relacionada con la indemnización por despido sin justa causa, pues, la labor para la cual la actora, fue contratada finalizó, resultando valida la terminación del vínculo laboral. Que, no hubo ninguna subordinación por parte de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., respecto a la trabajadora, por lo que, no puede hablarse de solidaridad y menos de contrato realidad, como lo alega la parte actora en su recurso.

La COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR, refiere que, el contrato de trabajo suscrito entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA y la demandante, claramente indicaba que se le contrataba por obra o labor, supeditada a la duración del contrato y los requerimientos de esa Aseguradora, donde la labor para la cual fue contratada finalizó, porque promoción y prevención, era una actividad que tenía temporalidad, y se hacía de acuerdo con el requerimiento de los usuarios. Además, que, de acuerdo con cláusula quinta del contrato de trabajo celebrado con la demandante, ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., pactó con ella que los beneficios extralegales, no serían factor salarial, y al ser dicho acuerdo, ley para las partes, no puede desconocerse. En cuanto a la solidaridad, reiteró que, el contrato con ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., era de naturaleza comercial, sin que,

pueda hablarse de identidad de objeto entre la labor desarrollada por la actora y el objeto social de la aseguradora, pues, ésta no tiene licencia de salud ocupacional, por ende, contrató a un tercer, para la promoción y prevención de Salud Ocupacional.

La llamada en garantía JMACELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., dijo que, dentro del proceso se acreditó que el contrato de trabajo de la demandante, termino por la finalización de la obra o labor contratada; que, ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., cumplió con los pagos pactados entre las partes, por lo que, al no haber incumplimiento en ese sentido, no se puede afectar la póliza contratada; adicionalmente, que, la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., no podía cumplir directamente con la labor para la cual contrato a ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., por ser una actividad ocasional referida a la promoción y prevención de riesgos laborales, además de no contar con una habilitación o licencia para ello; y que, los conceptos extralegales, reconocidos, no pueden ser cubiertos por la póliza, por estar expresamente excluidos en el contrato de seguro.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte actora, se ratifica en los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación, señalando que al no haberse determinado la fecha de terminación del contrato comercial entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., se entiende que a la fecha no ha claudicado y por lo tanto, la indemnización por despido sin justa causa, debió contabilizarse teniendo en cuenta los días transcurridos hasta la fecha del fallo y pagarse un día de salario por cada día transcurrido o liquidarse de acuerdo con las normas establecidas para contratos a término indefinido, es decir con lo estipulado en el inciso 4 del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; pide que se incluyan como factores salariales, los auxilios de capacitación, salud y bienestar, prima extralegal ARP, prima extralegal de comunicaciones y prima de transporte extralegal, ya que, quedó demostrado en el plenario con los desprendibles de pago y testimonios, que la actora percibía mensualmente de manera periódica durante toda la relación laboral dichos conceptos; que, no encuentra buena fe en el actuar de un empleador que despide sin justa causa a un trabajador, cuando aún seguía vigente la labor para la cual había sido contratada, por lo que debe concederse la indemnización moratoria; y, teniendo en cuenta que los derechos acá alegados no fueron reconocidos por la demandada, solicita que la prescripción sea contada desde el momento en que se declaró el derecho, esto es desde la fecha de ejecutoria de la sentencia de primera instancia.

Por su parte, la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., solicita la revocatoria parcial de la sentencia, en cuanto a la condena que por solidaridad a esa Compañía, toda vez que, tal y como se indicó en la contestación de la demanda, las ADMINISTRADORAS DE RIESGOS LABORALES, dentro de las funciones contempladas en el artículo 80 del

Decreto ley 1295 de 1994, tiene la de realizar actividades de prevención, asesoría y evaluación en riesgos profesionales, entre otras y para desarrollarlas, el Decreto habilita a las ARL para hacer las contrataciones necesarias a fin de desarrollar los objetivos, por ello, se debe buscar una entidad que cuente con licencia en salud ocupacional, para que actúe como un outsourcing; de ahí que, haya firmar con ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., un contrato de prestación de servicios para la implementación de planes y programas de prevención, los cuales se encierran consignados en el contrato y los anexos de procedimiento operativo, para empresas específicas; de lo cual se puede colegir que la predicha solidaridad no existe, pues, no se puede imponer condenado alguna por hacer uso de las facultades legales.

La demandada ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A y la llamada en garantía JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., 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 establecido en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación presentados por las partes, considera la Sala, que el problema jurídico a decantar se contrae a determinar (i) si los denominados auxilios de capacitación, salud y bienestar, prima extralegal ARP, prima extralegal de comunicaciones y prima de transporte extralegal, son o no constitutivos de salario, y, en caso afirmativo, (ii) si resulta procedente la reliquidación de las prestaciones sociales; además, se deberá establecer, (iii) si fue acertada la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, en los términos ordenados por el Juez de Primera Instancia; (iv) si procede la solidaridad decretada entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A. y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.; (v) si debe o no afectarse la póliza adquirida por ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A.; y finalmente, (v) si el término de prescripción de los derechos reclamados por la actora, debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es materia de inconformidad en la alzada la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, mediante contrato de trabajo por obra o labor, vigente entre el 16 de junio de 2010 y el 10 de enero de 2017, en virtud del cual, la actora se desempeñó como profesional de gestión de riesgo profesionales, al servicio de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., devengando como último salario básico la suma de \$2.298.327 (fls. 21-32, 34, 35, 272-280, 288, 289).

DE LOS BENEFICIOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO

Alega la demandada ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., en su recurso, que, al suscribir el contrato de trabajo, la demandante, tenía conocimiento y aceptó el pago de unos conceptos no constitutivos de salario, por lo que, no procede el reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones, incluyendo el auxilio de capacitación y la primera extralegal ARP, como lo ordenó el Juez de Primera Instancia. Por el contrario, la parte actora, se duele en su recurso, por no haberse incluido también como factores salariales el auxilio de transporte extralegal y de comunicaciones, los cuales también recibía de forma habitual y permanente.

En tal sentido, establece el artículo 127 del CST: *“ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera 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 días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...”*, de donde se desprende que todo pago hecho al trabajador, no importa el concepto o definición que se le dé, hace parte del salario, pago que, por supuesto, debe corresponder a la retribución que el empleador hace al trabajador por la prestación de sus servicios.

Por su parte, el artículo 128 de ese mismo Código reza: *“PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. 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...”*; pudiéndose colegir, por tanto, que aquellos pagos que no corresponden a una contraprestación por la labor del trabajador, no pueden considerarse salario, como bien es el caso de las indemnizaciones, en los términos del artículo 130 del CST, o pagos por mera liberalidad del empleador, entre otros.

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).

De las anteriores disposiciones, bien puede afirmarse que las partes tienen la posibilidad de pactar qué sumas extralegales no constituyen factor salarial, estipulación que solo resulta ineficaz en la medida en que contravenga los derechos mínimos del trabajador o desmejore sus condiciones laborales.

En ese orden de ideas, pese a que la ley no prohíbe que los sujetos de la relación laboral pacten la desalarización de determinados beneficios directos del contrato de trabajo, le corresponde en últimas al Juez Laboral, verificar la legalidad de dicho acuerdo de voluntades, puesto que, en virtud de lo pactado, no es posible desfigurar la naturaleza salarial de las erogaciones remuneratorias del trabajo, dado que el artículo 43 del CST, prevé la ineficacia de las estipulaciones o condiciones que sean contrarias a la ley.

Así, cuando se trate de un pago al que la ley no le otorgue directamente la índole de salario, habrá que determinarse si esa naturaleza se presenta por reunirse los elementos con los que el legislador pretendió definir el concepto de salario. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juzgador laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.

En el presente caso, de acuerdo con el párrafo cuarto de la cláusula quinta del contrato de trabajo, ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A. y la demandante, pactaron:

“PARÁGRAFO CUARTO: Para los efectos previstos en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, actualmente vigente, expresamente convienen las partes que los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, en dinero o en especie, que concediere el EMPLEADOR al TRABAJADOR por mera liberalidad no constituyen salario; particularmente, se incluye dentro de este pacto, todo eventual suministro de alimentación, vivienda, auxilio de educación y otros auxilios análogos, el monto que excede de lo que en cualquier tiempo hubieren valorado expresamente las partes de estos conceptos, el suministro de los mismos a bajo precio, así como cualquier prima extralegal, de vacaciones, de servicios o de Navidad y, en general cualquier auxilio o beneficio que se otorgue, sin que lo antes expresado configure obligación para EL EMPLEADOR de conceder tales beneficios que ha venido concediendo EL EMPLEADOR son de carácter temporal y

no prestacional. EL TRABAJADOR acepta de antemano la regulación expresa que expida la organización a través sus normas de empresa.

De manera precisa se relacionan los AUXILIOS TEMPORALES NO PRESTACIONALES:

<i>Auxilio no Salarial Capacitación, Salud y Bienestar</i>	<i>Transporte Adicional</i>	<i>Comunicaciones</i>
436.424	80.000	N/A

...”

El 28 de agosto de 2014, las partes suscribieron otrosí al contrato de trabajo, acordando el pago de un salario básico mensual, por la suma de \$2.088.640, a partir del 1 de septiembre de 2014, y que, “*determinan de mutuo acuerdo las partes, que desde de la (sic) suscripción de este acuerdo, EL EMPLEADOR cesara el reconocimiento y pago de los auxilios temporales no prestacionales reconocidos en el contrato principal*” (fl.32). Adicionalmente, de acuerdo a los comprobantes de nómina visibles de folios 43 a 104, se advierte que la trabajadora, recibió de forma habitual y permanente, hasta el septiembre de 2014, el pago de “*Aux. Capacitación Salud – Bien.*”; cada seis meses le era cancelada la “*Prima Extralegal ARP*”.

Al absolver interrogatorio de parte la representante legal de la demandada ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., indicó que, las partes establecieron en el contrato de trabajo unos beneficios no constitutivos de salario, en uso de la libertad contractual; además que, tanto el auxilio por capacitación, como la denominada prima extralegal ARP, eran un reconocimiento a la trabajadora, por el tipo de actividad desempeñada, concedidos por mera liberalidad, que no tenía una incidencia salarial; y que, a partir del 2014, junto a los demás beneficios extralegales, paso a ser parte del salario, por voluntad del empleador, sin que representara una desmejora, sino un garantía para la actora, de mejoras laborales; que, la prima extralegal ARP, no se pactó expresamente como una exclusión salarial en la cláusula quinta del contrato de trabajo, sin embargo, en ella si se refirió a las primas extralegales de manera general, por lo que debe entenderse que también cubre dicho concepto.

Por su parte, las testigos ELICENIA PATRICIA ROSALES SARAY y DIANA MARIA OLAYA SANDOVAL, compañeras de trabajo de la demandante, vinculadas igualmente por ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., al servicio de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., respecto al tema, fueron coincidentes en señalar que, ADECCO, les pagaba una prima denominada por capacitación, pero, realmente no tenían convenio, ni cupo en ninguna institución educativa, para hacer uso de dicho beneficio, simplemente recibían ese dinero, y lo gastaban en sus cosas personales; y que, también recibían una prima extralegal por ARP, pero desconocen a qué correspondía dicho concepto; que, su salario estaba distribuido en un 70%, que correspondía al valor con el que se liquidaban los aportes al Sistema de

seguridad Social y prestaciones y un 30% de beneficios extralegales, entre los que se incluían las capacitaciones y prima ARP.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que las denominados *Auxilio no Salarial Capacitación, Salud y Bienestar y prima extralegal ARP*, fueron concebidos como una retribución directa al servicio prestado, de ahí que, sean considerados factor salarial, conforme a lo establecido en el artículo 127 del CST, independientemente del pacto celebrado entre las partes, que le desconoció tal carácter; además, no tenían una destinación específica y como aceptó la representante legal de ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., al absolver el interrogatorio de parte, eran un reconocimiento a la trabajadora, por el tipo de actividad desarrollada, pudiendo disponer la actora, de los mismos como lo considerara; resultando acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al darles tal carácter.

Ahora, también fue objeto de inconformidad por la parte actora, que no se le haya dado la categoría de factor salarial a los auxilios de transporte extralegal y de comunicaciones; sin embargo, considera la Sala, que pese a ser reconocidos de forma habitual, estaban destinados para cumplir a cabalidad las labores desempeñadas por la demandante, razón por la cual, no pueden considerarse factor salarial, a la luz de lo establecido por el citado artículo 128 del CST.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA

Alega la parte demandada en su recurso, que la terminación del contrato de trabajo de la actora, se produjo por la finalización de la labor para la cual fue contratada. A su vez, pretende la demandante, que la indemnización por despido sin justa causa, sea liquidada hasta la presentación de la demanda o como se establece en el artículo 64 del CST, para los contratos a término indefinido, pues, no se demostró la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A. y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

El artículo 45 del CST, establece como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por *«el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada»*, en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado; de forma tal que, concluida la labor o obra contratada, termina el contrato de trabajo, como se establece en el literal d) del numeral 1 del artículo 61 del CST, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990.

En el presente caso, establecido como se encuentra el despido de la actora, corresponde a la Sala estudiar la justa causa esgrima por el empleador para terminar la relación laboral, esto es, la finalización de la obra o labor contratada. Al respecto, de acuerdo con la cláusula séptima del contrato de trabajo suscrito por las partes, su duración sería *“por el término necesario*

para realizar la labor contratada que consiste en el ejercicio del cargo para el cual ha sido vinculado EL TRABAJADOR en la EMPRESA CONTRATANTE a la que se refiere la cláusula primera de este contrato, hasta cuando EL CLIENTE o la EMPRESA CONTRATANTE manifestare a EL EMPLEADOR no requerir los servicios de EL TRABAJADOR; caso éste en el cual EL EMPLEADOR queda facultado para terminar el presente contrato por culminación de la labor contratada, según lo establecido en el Artículo 5o., literal d) de la Ley 50 de 1990. Lo anterior, sin perjuicio de que EL EMPLEADOR pudiese dar por terminado el presente contrato antes del término de la vigencia, por cualquiera de las causales a que se refiere este contrato o con fundamento en lo previsto por el Artículo 28 de la Ley 789 de 2002" (fls. 28 y 278).

En el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., ésta indicó qué, el contrato de trabajo de la demandante finalizó, porque la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., manifestó que ya no necesitaba de sus servicios, siendo ésta, una de las causales pactadas para dar por finalizado el vínculo laboral. Por su parte, las testigos ELICENIA PATRICIA ROSALES SARAY y DIANA MARIA OLAYA SANDOVAL, al respecto manifestaron que, la demandante, se encontraba de vacaciones, cuando recibió una llamada de ADECCO, informándole la terminación del contrato, pero que, el contrato de prestación de servicios entre las demandadas, continuó vigente; y que, en el caso de ELICENIA PATRICIA ROSALES SARAY, ella continuó por unos meses más, también la despidieron al indagar el porqué de esa decisión, en la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., le dijeron que era por temas de presupuesto.

No obra en el plenario, prueba alguna adicional de la cual se pueda establecer la terminación del vínculo comercial entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., ni tampoco que esta última haya manifestado a la demandada, su intención de no requerir más de los servicios de la actora; milita a folio un acta de terminación de mutuo acuerdo y liquidación de contrato de prestación de servicios celebrado entre las ya mencionadas, pero, data del 4 de junio de 2013, esto es, con anterioridad a la finalización del vínculo laboral de la demandante; razón por la cual, no se puede concluir que el contrato de trabajo de la actora, obedeció a la terminación de la obra o labor para la cual fue contratada, por lo que debido en injusta y, en consecuencia, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al imponer la indemnización por despido sin justa causa.

Pese a lo anterior, considera la parte demandante, que, dicha indemnización debe liquidarse, hasta la fecha en que se contestó la demanda, hasta el fallo de Primera Instancia o calcularse como si se tratara de un contrato a término indefinido.

Dispone el inciso tercero del artículo 64 del CST, que:

“ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días...”

Como ya quedó establecido, en el caso de autos, no se demostró la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito entre ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., ni tampoco, que ésta última haya manifestado su intención de no requerir más los servicios de la demandante, por lo que, al no haberse determinado la duración de la labor contratada, se encuentra ajustada la decisión del a quo, al reconocer a la actora, la indemnización por despido sin justa causa, conforme al término establecido legalmente, para esta clase de contratos.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA - ARTÍCULO 65 CST

También fue objeto de inconformidad de la parte demandante, que no se haya condenado a las demandadas, a pago de la indemnización moratoria, pues, desconocer derechos a favor de la actora, restándole el carácter de salario, no es una conducta que se puede considerar revestida de buena fe.

En lo que interesa a la indemnización moratoria, el artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, establece esta sanción, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, caso en cual deberá pagar al trabajador, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si trascurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato, el trabajador, no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o no hay un pronunciamiento judicial al respecto, se pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas; salvo, para los trabajadores que devenguen sólo un salario mínimo legal mensual vigente, quienes recibirán como indemnización moratoria un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se acredite el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas por el empleador. Dicha sanción, no puede 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, para exonerarse de su pago.

Así pues, en el caso bajo estudio, es evidencia que la parte demandada, actuó desprovista de mala fe, pues, a la terminación del contrato de trabajo, cumplió con la obligación de pagar a la trabajadora, los salarios y prestaciones que creyó deber, es decir, que tenía la plena convicción que no adeudaba suma alguna a la actora, por las acreencias laborales aquí reclamadas; y si bien omitió liquidar las prestaciones sociales, incluyendo como factores salariales el auxilio de capacitación y la prima extralegal ARP, tal conducta, no puede considerarse revestida de mala fe, ya que, no obedeció capricho o rebeldía, sino a su firme convencimiento, respecto a que tales conceptos no constituían salario; razón por la que, igualmente se confirmará la decisión de Primera Instancia en este sentido.

DE LA SOLIDARIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 34 DEL CST

Se duele la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., de la decisión del a-quo, al condenarla de forma solidaria, al pago de las condenas impuestas a ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A.; argumentando que, no puede ser sancionada, por hacer uso de una facultad legal, ya que, como Administradora de Riesgos Laborales, se encuentra habilitada para hacer las contrataciones necesarias que considere necesarias, a fin de desarrollar objetivos como de prevención, asesoría y evaluación en riesgos laborales, entre otras.

Al respecto, dispone el artículo 34 del CST, que:

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

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”

En relación con este asunto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de junio de 2009, con radicación 33082 señala que:

“...Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado...”

Para determinar entonces la posible responsabilidad solidaria de la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., en el pago de las condenas impuestas en primera instancia, basta con indicar que, no fue objeto de controversia la existencia de un contrato de prestación de servicios entre esa demandada y ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., por medio del cual, ésta última asignaba profesionales en gestión de riesgos laborales, para brindar asesorías, capacitaciones y supervisar, a distintas empresas clientes de la ARL BOLIVAR; lo que ratificaron la demandante y las testigos ELICENIA PATRICIA ROSALES SARAY y DIANA MARIA OLAYA SANDOVAL; igualmente, al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la Compañía de Seguros, manifestó que, la ARL, manejaba a través de terceros, los planes de prevención de riesgos Laborales, y que, ADECCO, era la encargada de asignarle los profesionales que esa Administradora necesitara, de acuerdo a las directrices generales, que se acordaban en el contrato de prestación de servicios.

Así pues, es claro que la labor para la cual fue contratada la demandante, como asesora de gestión de riesgos laborales, pertenece a las actividades normales o corrientes de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., en su rol de Administradora de Riesgos Laboral; además de ser la directa beneficiaria de los actividades desarrolladas por la actora, y sin que, para nada pueda desconocerse su responsabilidad, por el simple hecho de alegar a carencia de licencias de seguridad y salud en el trabajo, o que, se trataba de campañas preventivas, con una duración determinada, pues, tales argumentos, no resultan suficientes, para romper el nexo causal entre el servicio prestado por la actora y su objeto social; máxime cuando, se reitera, la labor de la demandante, no es extraña a las actividades normales de dicha Compañía, quien como Administradora de Riesgos Laborales, debe capacitar, asesorar y supervisar a sus afiliados, función que desarrolló la demandante, a nombre de dicha aseguradora; surgiendo entonces de esa circunstancia, la solidaridad en el pago de las condenas impuestas a favor de la demandante.

Valga aclarar en este punto, que no es posible considerar la existencia de un contrato realidad, como señaló la parte actora, en su recurso, pues, tal

situación no fue objeto del debate probatorio, ni se incluyó dentro de las pretensiones de la demanda.

DE LA AFECTACIÓN DE LA PÓLIZA

Se opone la llamada en garantía JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., a la decisión del Juez de Primera Grado, que ordenó cubrir la totalidad de las condenas impuestas, con la póliza de cumplimiento No. 6769, hasta el límite del valor asegurado, porque ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., cumplió con sus obligaciones como empleador, no existe solidaridad alguna de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., y además, no se pactó en el contrato de seguros, el no pago de beneficios extralegales.

Frente al cumplimiento de las obligaciones que tenía ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., como empleador de la actora, y la existe solidaridad de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., conforme lo expuesto en procedencia, no se hace necesario un nuevo pronunciamiento al respecto; ahora, en cuanto a los amparos de la póliza de cumplimiento No. 6769, resulta necesario aclarar a la llamada en garantía, que en el presente asunto, no se reconocieron beneficios extralegales a la demandante, sino que se procedió al reajuste de sus prestaciones sociales, por omisión del empleador en la inclusión de unos conceptos como factor salarial, de modo tal que, al haberse contratado por parte de ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A., la mencionada póliza de seguro de cumplimiento, para garantizar el *"pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones"* (fl. 250); y al resultar condenada de forma solidaria la beneficiaria de dicho seguro, esto es, la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., no existe razón alguna para exonerar a la aseguradora del cumplimiento estricto de la citada póliza contratada.

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 5 de marzo de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido DIANA JULIETH GONZÁLEZ ÁVILA en contra de ADECCO SERVICIOS COLOMBIA S.A, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y la llamada en garantía JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Las de primera instancia se

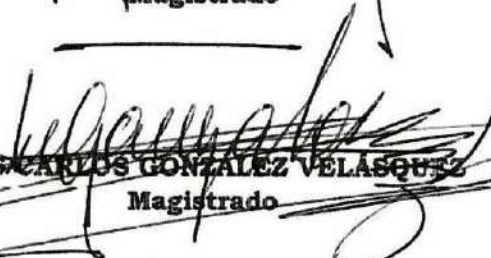
confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM 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**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105006201900134-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Incremento pensional del 14%

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 Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 14 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARLOS ANTONIO BULLA PEREIRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

CARLOS ANTONIO BULLA PEREIRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en procura de obtener el incremento pensional del 14% por persona a cargo, junto con el retroactivo, a partir del 20 de septiembre de 2015, debidamente indexado, intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis que, el 26 de noviembre de 1983, contrajo matrimonio, con la señora ANA ROSA PEREIRA, conviviendo de forma permanente e ininterrumpida desde esa fecha, bajo el mismo techo, compartiendo el mismo lecho, y dependiendo económicamente de él, pues, no trabaja, ni disfruta de una pensión; que, el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, mediante resolución 107098 del 12 de mayo de 2011, le reconoció pensión de vejez; sin embargo, tal decisión fue objeto de revocatoria directa, por resolución SUB278914 del 24 de octubre de 2018, reliquidando el derecho pensional, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$699.847, a partir del 20 de septiembre de 2015, sin concederle los incrementos por personas a cargo, a los cuales tiene derecho, como beneficiario del régimen de transición (fls.4-11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda a través de la documental obrante de folios 32 a 37, se opuso a la totalidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, y, respecto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento pensional del actor, de los demás dijo no se ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, preinscripción, buena fe y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 14 de mayo de 2021, absolvió a COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que la sentencia SU-140 de 2019, aclaró que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desaparecieron para todos aquellos con derecho a pensionarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; no impuso condena en costas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la *a quo*, la parte demandante, interpuso recurso de apelación, para que se acceda a las pretensiones de la demanda, al considerar que, siendo beneficiario del régimen de transición, le es aplicable el artículo 21 de la Acuerdo 049 de 1990; además los requisitos fácticos para acceder a dichos incrementos, esto es, dependencia y convivencia, se encuentran acreditados dentro del proceso; asegura que, la sentencia SU-140 de 2019, no se había proferido al momento de interponer la demanda, por lo que, los criterios jurisprudenciales vigentes para esa época, si reconocían este derecho pensional, por lo tanto, no puede aplicarse retroactivamente dicha providencia, vulnerando los principios del in dubio pro operario, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandada, solicitó confirmar la decisión de Primera Instancia. La parte actora, guardó silencio al respecto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor del demandante, por su cónyuge a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que COLPENSIONES a través de la Resolución SUB-278914 del 24 de octubre de 2018, mediante la cual resolvió la revocatoria directa de la resolución No. 107098 del 12 de mayo de 2011, reliquidó la pensión de vejez del demandante CARLOS ANTONIO BULLA PEREIRA, atendiendo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ordenando su pago, en cuantía de \$ 699.847, a partir del 20 de septiembre de 2015 (fls. 19-22).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de

favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que el aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a él reconocida inicialmente en el año 2011 y reliquidada en el 2018, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *“las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”*.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso del actor, el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la parte demandante, atendiendo el resultado favorable del recurso de apelación. 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 14 de mayo de 2021, por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por CARLOS ANTONIO BULLA PEREIRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

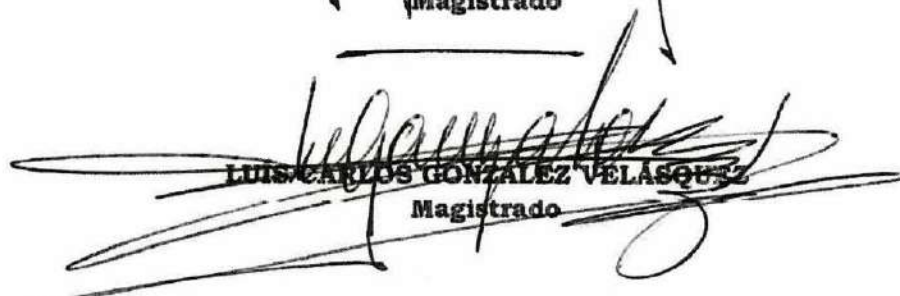
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000 Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105006201800326-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Incremento pensional del 14%

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 Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 26 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS ANTONIO CAVIEDES DIAZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

LUIS ANTONIO CAVIEDES DIAZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en procura de obtener el reajuste de la pensión de vejez, en proporción del 14% sobre el salario mínimo legal mensual, reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su cónyuge LOURDES ARAMBULO DE CAVIEDES, a partir del 1 de agosto de 2009, junto con el retroactivo causado desde el cumplimiento de los requisitos legales, debidamente indexados, por 14 mesadas al año, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis que, el 11 de abril de 1973, contrajo matrimonio, por el rito católico, con LOURDES ARAMBULO DE CAVIEDES, con quien convive desde esa fecha; que, mediante resolución No. 00450 del 28 de julio de 2006, la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, le reconoció pensión de jubilación; posteriormente, por resolución GNR 48567 del 14 de febrero de 2017, COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, negando los incrementos por cónyuge a cargo, por no ser un beneficio del régimen de transición y haberse derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que, su cónyuge, no ha laborado para ninguna entidad estatal, ni particular, no ha realizado aportes para efectos pensionales a ninguna entidad, es su beneficiaria en salud, y depende

económicamente de él; siendo su pensión el único ingreso de subsistencia que posee la pareja (fls. 3-11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda a través de la documental obrante de folios 37 a 83, se opuso a la totalidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, y, respecto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento pensional del actor, de los demás dijo no se ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia des pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 26 de febrero de 2020, absolvió a COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que la sentencia SU-140 de 2019, aclaró que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desaparecieron para todos aquellos con derecho a pensionarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin costas

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la *a quo*, la parte demandante, interpuso recurso de apelación, para que se acceda a las pretensiones de la demanda, al considerar que la sentencia SU-140 de 2019, se contradice con la sentencia SU-310 de 2017; además, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2711 del 17 de julio de 2019, es decir, 3 meses después de haberse proferido la sentencia SU-140 de 2019, dijo que, para aquellos pensionados cuyas condiciones sobrevienen con posterioridad a la concesión del derecho pensional, el plazo prescriptivo de los incrementos debe comenzar a contarse una vez se reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado; por lo que, pide apartase de la sentencia SU-140 de 2019, máxime cuando el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, tiene un criterio diferente, que es que debe imponerse, ante las contradicciones de la Corte Constitucional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandada, advierte que COLPENSIONES, ha actuado con total apego a la ley, por lo que solicita confirmar su absolución. El demandante, no se pronunció al respecto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por el demandante, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor del demandante, por su cónyuge a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 48567 del 14 de febrero de 2017, le reconoció pensión de vejez al demandante LUIS ANTONIO CAVIEDES DIAZ, a partir del 4 de abril de 2010, en cuantía inicial de \$1.344.973, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (fls. 16-22).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última

en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que el aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a él reconocida en el año 2017, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *“las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”*. Sin que resultan validos los argumentos de la parte actora, respecto a los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que manejaban un criterio diferente, pues, ya esa Corporación, entre otras, en sentencia SL2061 del 19 de mayo de 2021, acogió el criterio expuesto por la Corte Constitucional, en la sentencia SU-140 de 1990, destacando que la solicitud de incrementos por personas a cargo, resulta improcedente, ante la derogatoria orgánica del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso del actor, el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la parte demandante, atendiendo el resultado favorable del recurso de apelación. 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

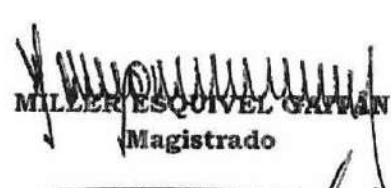
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de febrero de 2020, por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por LUIS ANTONIO CAVIEDES DIAZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

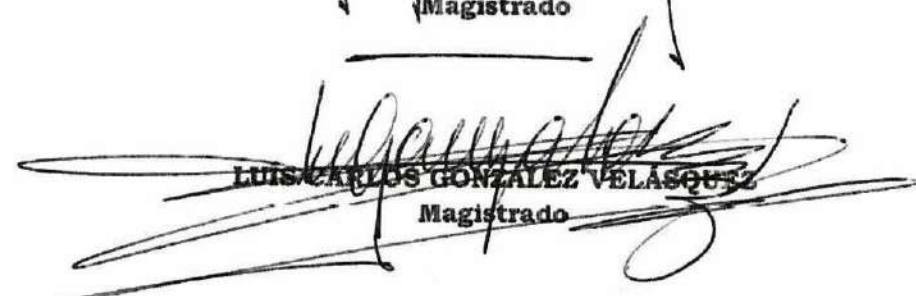
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000 Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE 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**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105022201800618-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Incremento pensional del 14%

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 Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 23 de octubre de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA TERESA VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

MARÍA TERESA VARGAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en procura de obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su compañero permanente BENJAMIN RODRÍGUEZ MONTENEGRO a partir del 1 de agosto de 2009, junto con el retroactivo causado desde el reconocimiento de la pensión los intereses moratorios, indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis que, desde el 17 de junio de 1971, convive, haciendo vida marital, con el señor BENJAMIN RODRÍGUEZ MONTENEGRO, compartiendo el mismo techo, lecho y mesa; que, el entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, mediante la resolución 034828 del 28 de julio de 2009, le reconoció pensión de vejez, a partir del 1 de agosto de ese mismo año, en cuantía de \$496.900; que, su compañero permanente, tiene 71 años de edad, no tiene pensión, ni percibe un ingreso económico adicional, por lo depende económicamente de ella, quien siempre ha asumido las obligaciones del hogar; el 7 de junio de 20108 elevó solicitud para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14%, sin que COLPENSIONES, se pronunciara al respecto (fls. 11-15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda a través de la documental obrante de folios 20 a 35, en donde se opuso a la totalidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, respecto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento pensional de la actora, de los demás dijo no constarle. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, absolvió a COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandante.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el *a quo* la parte demandante, interpuso recurso de apelación, para que se acceda a las pretensiones de la demanda, por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, en ese sentido prescriben los incrementos no el derecho, razón por la cual, no es posible aplicar la prescripción total, porque sería la extinción del derecho; adicionalmente, hacia 2009 y años posteriores, el compañero permanente de la actora, tenía la expectativa de alcanzar el derecho pensional, por haber laborado en su juventud y tenía unas semanas cotizadas, sin embargo, COLPENSIONES, le negó ese reconocimiento, y es ahí, cuando la actora, decide reclamar los incrementos, sin a partir de ese momento, que debería contarse el término de prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandada COLPENSIONES, pide confirmar la sentencia de Primer Grado, en aplicación de lo dispuesto por la sentencia SU-140 de 2019. La demandante, guardó silencio al respecto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la demandante, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y

pago del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor de la demandante, por cónyuge a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

No es materia de discusión que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES a través de la Resolución No. 034828 del 28 de julio de 2009, le reconoció pensión de vejez a la demandante MARÍA TERESA VARGAS, a partir del 1 de agosto de 2009, en cuantía inicial de \$496.900, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (fl. 3).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de

favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que la aquí demandante no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a ella reconocida en el año 2009, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *"las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución"*.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso de la actora el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la parte demandante atendiendo el resultado favorable del recurso de apelación. 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 12 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por MARIA TERESA VARGAS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

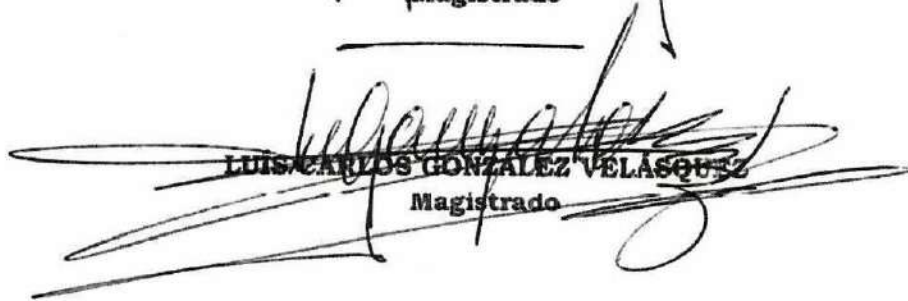
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000 Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201800043-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Incremento pensional del 7%

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 Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 16 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA MERCEDES CHIA DE SALAMANCA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

MARÍA MERCEDES CHIA DE SALAMANCA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en procura de obtener el incremento pensional del 7% por su hijo en estado de invalidez a cargo, junto con el retroactivo, a partir del 1 de mayo de 2002, debidamente indexado, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis que, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, mediante resolución 009145 del 26 de abril de 2002, le reconoció pensión de vejez, a partir del 1 de mayo de esa anualidad, en cuantía de \$309.000, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición; que, su hijo PAUL SALAMANCA CHIA, se encuentra en estado de invalidez, con una pérdida de capacidad laboral del 70.32%, estructurada desde el 10 de marzo de 1991, según dictamen 2017236875PP del 14 de septiembre de 2017, emitido por COLPENSIONES; que, su hijo depende económicamente de ella, pues, por su estado de invalidez, no puede trabajar, ni disfruta de una pensión; por lo que, el 27 de octubre de 2017, reclamó ante COLPENSIONES, el reconocimiento del incremento del 7% sobre la pensión mínima legal, por pensionas a cargo, más su indexación, sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda, dicha entidad, no se había pronunciado al respecto (fls. 1-8 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda a través de la documental obrante en la carpeta 02 del archivo PDF, se opuso a la totalidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, y, respecto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento pensional y la reclamación administrativa, de los demás dijo no se ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación al reconocimiento del incremento señalado en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad, buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, prescripción de los incrementos pensionales, legalidad de los actos administrativos demandados, imposibilidad de reconocimiento de intereses moratorios e indexación, imposibilidad de indemnización por costas judiciales y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de febrero de 2021, absolvió a COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta, la derogatoria orgánica de incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, como lo aclaró la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019; no obstante, si en gracia de discusión, esa Juzgadora, se apartara de lo decidido en dicha sentencia de unificación, consideró que se llegaría a la misma absolución, teniendo en cuenta que dichos incrementos se vieron afectados por el fenómeno de la prescripción. Condenó en costas de Primera Instancia, a la demandante.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la *a quo*, la parte demandante, interpuso recurso de apelación, para que se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que al considerar que, siendo beneficiaria del régimen de transición, le es aplicable el artículo 21 de la Acuerdo 049 de 1990; además, cumple con los requisitos que exige la norma para tal fin, como lo son la dependencia y condición de discapacidad del hijo; además, antes de la sentencia SU-140 de 2019, los criterios jurisprudenciales si reconocían este derecho pensional, y la demanda, se presentó antes de ese criterio de unificación, por lo tanto, no puede aplicarse retroactivamente dicha providencia, vulnerando los principios de la favorabilidad, confianza legítima, seguridad jurídica y de la buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante, pidió revocar la sentencia apelada, para en su lugar acceder al reconocimiento de los incrementos de reclamados, pues, el nuevo criterio de la Corte Constitucional, debe aplicarse para procesos iniciados con posterioridad a dicha decisión, y no, a casos como el presente, donde se encuentra acreditados todos los requisitos para tener este

derecho pensional. Por su parte, la demandada, solicita confirmar la sentencia absolutoria.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 7% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor de la demandante, por su hijo invalido a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

No es materia de discusión que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES a través de la Resolución 009145 del 26 de abril de 2002, le reconoció pensión de vejez a la demandante MARIA MERCEDES CHIA DE SALAMANCA, atendiendo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ordenando su pago, en cuantía de \$309.000, a partir del 1 de mayo de 2002 (fl. 20 PDF).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 7% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el literal a) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley,

análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que la aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a él reconocida en el año 2002, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por hijo invalido a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *“las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”*.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso de la actora, el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la parte demandante, atendiendo el resultado favorable del recurso de apelación. 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 16 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por MARÍA MERCEDES CHIA DE SALAMANCA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

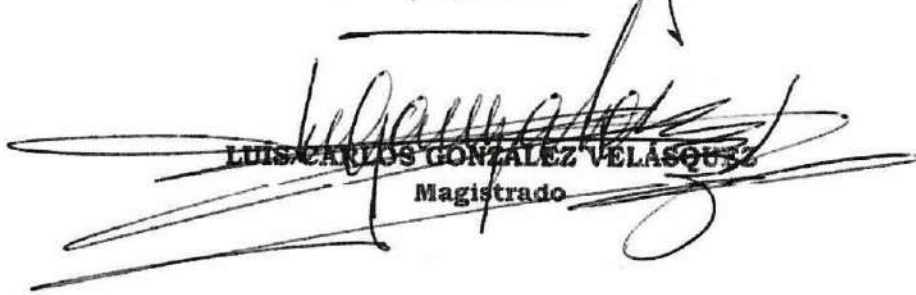
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000 Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105036201800569-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Incremento pensional del 14%

Procede la Sala a conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por haber sido adversa a sus intereses la sentencia proferida el 25 de junio de 2020, por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por HERNAN HERNANDEZ RIAÑO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

HERNAN HERNÁNDEZ RIAÑO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, junto con el retroactivo desde el 31 de julio de 2011, debidamente indexado, intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis que, convive en unión libre con la señora AMANDA MONTENEGRO ROMERO, desde hace más de 10 años, de manera permanente e ininterrumpida, bajo el mismo techo, compartiendo el mismo lecho; que, su compañera permanente, depende económicamente de él, pues, no trabaja, ni disfruta de una pensión; que, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, mediante resolución 108583 del 14 de mayo de 2012, le reconoció pensión de vejez, a partir del 31 de julio de 2011, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pero no incluyó el pago de los incrementos por personas a cargo, previstos en el artículo 21 del mismo Acuerdo, pese a encontrarse vigente dicha disposición: que, el 27 de agosto de 2018, presentó ante COLPENSIONES, reclamación administrativa, por los incrementos del 14%; sin embargo, tal petición fue negada, en la misma fecha (fls. 1-9 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda a través de la documental obrante de folios 38 a 47 del archivo PDF, en donde se opuso a la totalidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, respecto a los hechos aceptó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante y la reclamación administrativa, los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni de indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de junio de 2020, absolvió a la demandada, de todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentado que, los incrementos por personas a cargo, previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como lo determinó la Corte Constitucional, en sentencia SU-140 de 2019; y, si en gracia de discusión, se acogiera posición distinta, los mismos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, por haberse causado el derecho a favor del actor en el año 2012, habiendo reclamado su reconocimiento sólo hasta el 27 de agosto de 2018, cuando ya habían prescrito, por haber transcurrido más de 3 años, conforme a lo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS; condenando en costas de Primera Instancia, al demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandada, pido confirmar la sentencia de Primera Instancia, en acatamiento de lo establecido por la Corte Constitucional, en sentencia SU-140 de 2019. La parte demandante, no se pronunció al respecto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 69 del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor del demandante, por su cónyuge a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que el SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, a través de la Resolución No. 108583 del 14 de febrero de 2012, le reconoció

pensión de vejez al demandante HERNAN HERNÁNDEZ RIAÑO, a partir del 31 de junio de 2011, en cuantía inicial de \$1.088.090, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (fls.20-21 PDF).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

(...)

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que el aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de

abril de 1994, es por lo que, ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a él reconocida en el año 2012, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *“las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”*.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso del actor el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de Primera Instancia.

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 25 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por HERNÁN HERNÁNDEZ RIAÑO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

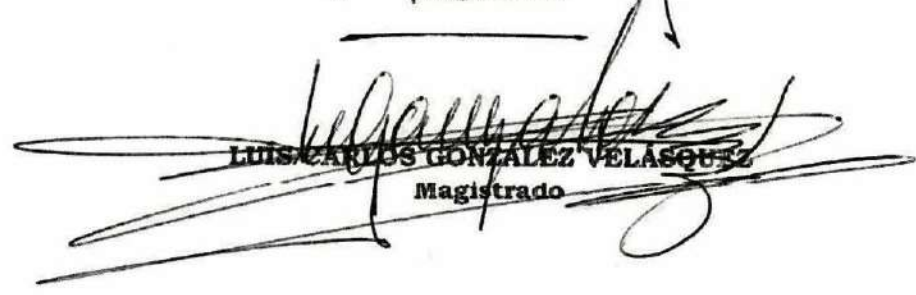
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta Instancia. Se confirman las impuestas en Primera Instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105034201900002-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Incremento pensional del 14%

Procede la Sala a conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por haber sido adversa a sus intereses la sentencia proferida el tres (3) de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ EVERARDO RAMIREZ SALAZAR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

JOSÉ EVERARDO RAMIREZ SALAZAR, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, junto con el retroactivo desde el 1 de marzo de 2013, debidamente indexado, intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis que, el 30 de junio de 1979 contrajo matrimonio con la señora SARA BEATRIZ MURCIA BONILLA, con quien, desde esa fecha, ha convivido de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo el mismo lecho; que, su cónyuge depende económicamente de él, pues, no es pensionada, ni trabaja; que, COLPENSIONES, mediante resolución GNR 017727 del 27 de febrero de 2013, a partir del 1 de marzo de 2013, en cuantía de \$605.128, conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición; sin embargo, no le reconoció el incremento por personas a cargo, que no ha sido objeto de derogatoria alguna. Refiere que, el 30 de noviembre de 2018, reclamó ante COLPENSIONES, el pago del incremento pretendido, el cual le fue negado, mediante comunicación de la misma fecha (fls. 28-35 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda a través de la documental obrante de folios 44 a 59 del archivo PDF, en donde se opuso a la totalidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, respecto a los hechos aceptó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante y la reclamación administrativa, los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni de indemnización moratoria, pago, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de febrero de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en primer lugar, porque, el demandante, acreditó percibir ingresos adicionales a la mesada pensional, como cañones de arrendamiento, por lo que, no depende única y exclusivamente de la mesada pensional; y, adicionalmente, por compartir la tesis expuesta por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, respecto a la pérdida de vigencia del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, con la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que, si el actor, pretendía acceder a los incrementos por personas a cargo, debió causarlos antes del 1 de abril de 1994, lo que no ocurrió en el caso, donde pese a reconocerle al demandante, la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto o fue en virtud del régimen de transición, y no por aplicación plena de dicha norma. No se impuso condena en costas y concedió en favor del actor, el grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandada, solicitó confirmar la decisión de Primera Instancia. El demandante, guardó silencio al respecto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 69 del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor del demandante, por su cónyuge a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que COLPENSIONES, a través de la Resolución GNR 017727 del 27 de febrero de 2013, le reconoció pensión de vejez al demandante JOSÉ EVERARDO RAMÍREZ SALAZAR, a partir del 1 de marzo de 2013, en cuantía inicial de \$605.128, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (fls.12-17 PDF).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

(...)

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que el aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que, ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a él reconocida en el año 2013, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *“las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”*.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso del actor el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

Sin COSTAS en ninguna de las Instancias.

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

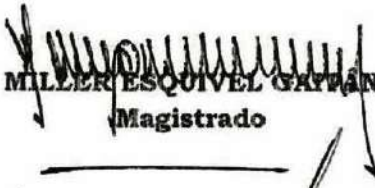
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por JOSE EVERARDO RAMIREZ SALAZAR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

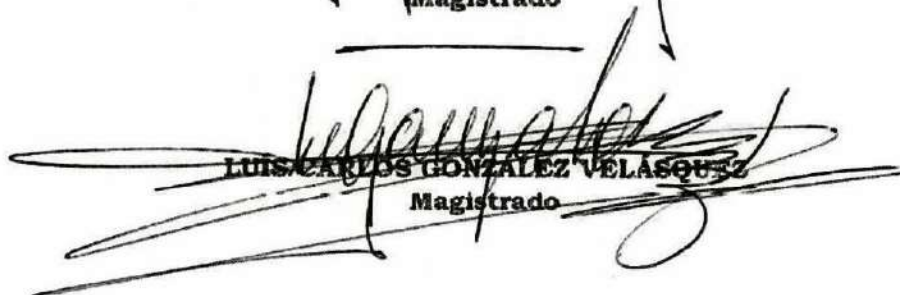
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en ninguna de las Instancias.

NOTIFIQUESE 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 GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005201900013-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Incremento pensional del 7%

Procede la Sala a conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por haber sido adversa a sus intereses la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por MARCO ANTONIO DIAZ JIMENEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

MARCO ANTONIO DIAZ JIMENEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en procura de obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 7% por su hijo menor DANIEL FELIPE DIAZ MILLAN, a partir del 1 de octubre de 2014, junto con el retroactivo causado desde el reconocimiento de la pensión, los intereses moratorios, indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis que, mediante resolución GNR 349402 del 6 de octubre de 2014, COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez, a partir del 1 de octubre del mismo año, la cual le fue reconocida conforme a lo señalado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que, su hijo, DANIEL FELIPE DIAZ MILLAN, nació el 21 de septiembre de 2003, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda, tenía 15 años de edad, no laboraba y dependía económicamente de su padre; que, COLPENSIONES, al momento del reconocimiento de la pensión de vejez, no le ordenó el pago de los incrementos por personas a cargo, que continuaron vigentes, con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993; que, el 22 de noviembre de 2018, presentó reclamación administrativa con radicado No.

2018_14850285, solicitando este incremento, no obstante, COLPENSIONES, mediante comunicación de la misma fecha, le negó el derecho (fls.1-8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda a través de la documental obrante de folios 32 a 43, en donde se opuso a la totalidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, respecto a los hechos aceptó la mayoría de los mismo, salvo lo relacionado con la dependencia económica del menor DANIEL FELIPE DIAZ MILLAN. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, absolvió a COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que los incrementos por personas a cargo dejaron de existir, sufrieron derogatoria orgánica, de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional, en sentencia SU-140 de 2019, sin que, el actor, demostraba, cumplir con los requisitos para haber adquirido el derecho pensional, al 1 de abril de 1994; no impuso condena en costas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, al resultar esa decisión, adversa a sus intereses.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandada, manifestó que, en virtud de lo establecido por la Corte Constitucional, en sentencia SU-140 de 2019, las pretensiones del actor, no estaban llamadas a prosperar, por lo que, pide confirmar la sentencia absolutoria de Primera Instancia. La parte actora, guardó silencio al respecto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 69 del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 7% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor del demandante, por tener a su cargo un hijo menor de edad.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que la demandada COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 349402 del 6 de octubre de 2014, le reconoció pensión de vejez

al demandante MARCO ANTONIO DIAZ JIMENEZ, a partir del 1 de octubre de 2014, en cuantía inicial de \$843.948, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (fls. 14-19).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 7% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el literal a) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje–, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que el aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que ha de declararse que respecto a la pensión de vejez

a él reconocida en el año 2014, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora de otorgar el incremento por hijo menor a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *"las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución"*.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso del actor el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

Sin COSTAS en ambas Instancias.

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

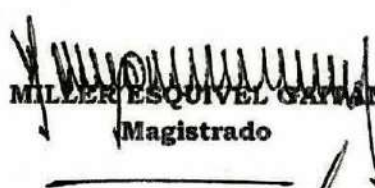
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por MARCO ANTONIO DIAZ JIMENEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

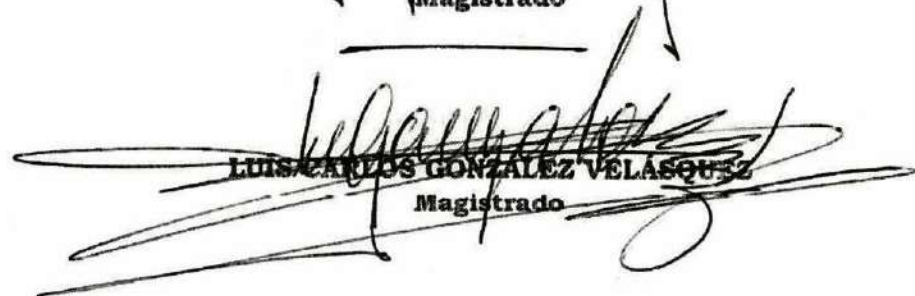
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en ambas Instancias.

NOTIFIQUESE 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**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105032201900457-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Incremento pensional del 14%

Procede la Sala a conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por haber sido adversa a sus intereses la sentencia proferida el 30 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ HÉCTOR PARRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

JOSÉ HÉCTOR PARRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en procura de obtener el reconocimiento y pago de \$29.946.048,14 por concepto de incrementos pensionales del 14% por su cónyuge a cargo, MARIA TERESA PACHON PACHON, del 1 de marzo de 2008 y hasta el 30 de junio de 2019, junto con los incrementos que se sigan causando y mientras subsistan las causas que los originan, debidamente indexado, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis que, desde el 16 de noviembre de 1962, contrajo matrimonio por el rito católico con MARÍA TERESA PACHON PACHON, con quien desde ese momento convive; que, el entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, mediante la resolución 001588 del 26 de febrero de 1998, le reconoció pensión de vejez, a partir del 1 de marzo de 1998, en cuantía de \$468.021; que, su cónyuge, no tiene pensión, ni percibe un ingreso económico adicional, por lo depende económicamente de él; que 19 de noviembre de 2009, solicitó al ISS, el reconocimiento del incremento pensional del 14%; sin embargo, este derecho le fue negado (fls. 4-14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda a través de la documental obrante de folios 34 a 47, en donde se opuso a la totalidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, respecto a los hechos aceptó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, los demás dijo no constarle. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de la 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 instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de enero de 2020, Declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, carencia de causa para demandar y prescripción; absolviendo a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante y consiguiendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor, teniendo en cuenta que la decisión fue desfavorable a sus intereses.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandada, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, pues, en virtud de lo establecido en la sentencia SU-140 de 2019, los incrementos pretendidos por el actor, desaparecieron de la vida jurídica y, por tanto, no procede su reconocimiento. La parte demandante, no se pronunció al respecto

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 69 del CST, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia, procede la Sala, a analizar si hay lugar o no al reconocimiento y pago del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en favor del demandante por su cónyuge a cargo.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que el SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, a través de la Resolución No. 001588 del 26 de febrero de 1998, le reconoció pensión de vejez al demandante JOSÉ HÉCTOR PARRA, a partir del 1 de marzo de 1998, en cuantía inicial de \$468.021, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (fls.18).

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

(...)

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el Artículo 21 del Acuerdo 049, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la H. Corte Constitucional en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que el aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que, ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a él reconocida en el año 1998, no se encuentra obligación alguna a cargo de la

entidad pagadora de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *“las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”*.

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso del actor el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de Primera Instancia.

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

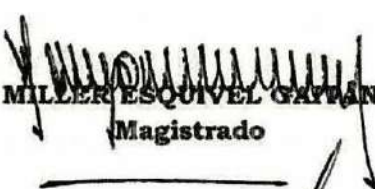
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por JOSÉ HÉCTOR PARRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

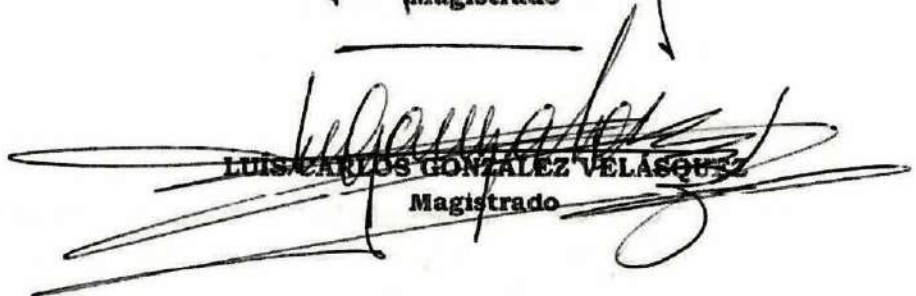
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta Instancia. Se confirman las impuestas en Primera Instancia.

NOTIFIQUESE 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: 110013105004201600252-02

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre 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: Vigencia del reconocimiento de tiquetes aéreos por acuerdo conciliatorio.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, calendada el 23 de septiembre de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARIO EDUARDO MÉNDEZ BAUTISTA** en contra de **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA-**

ANTECEDENTES

MARIO EDUARDO MÉNDEZ BAUTISTA promovió demanda ordinaria laboral en contra de AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA, para que, se declare que la demandada, incumplió el acuerdo voluntades suscrito el 23 de mayo de 1997 y la conciliación celebrada el 6 de junio del mismo año, aprobada por la inspección Tercera de la Dirección Regional de Trabajo de Bogotá, respecto a la entrega de tiquetes aéreos a favor del pensionado; razón por la cual, ésta debe reconocerle perjuicios morales, perjuicios materiales y entregar hacia futuro los tiquetes que no quedaren comprendidos en el reconocimiento dinerario.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, mediante acuerdo de voluntades suscrito el 23 de mayo de 1997, se le concedió la pensión de jubilación extralegal y anticipada, aclarando que, al cumplir 60 años de edad, la pensión sería asumida por el entonces Seguro Social y Avianca, solamente pagaría el mayor valor, si llegara a existir; que, el 6 de junio de 1997, para formalizar dicho acuerdo, firmaron conciliación ante la inspección Tercera de la Dirección Regional de Trabajo de Bogotá, pactando

entre otras, que al actor se le reconocerían 3 tiquetes de rutas de la empresa, con 100% de descuento, sujetos a cupo, con caducidad de 3 años contados a partir de la fecha de retiro, los cuales corresponden a lustros de 15 o 20 años; además, 2 tiquetes proporcionales a lustros de 25 años de servicios, 2 tiquetes aéreos en rutas internacionales de la empresa, con el 100% de descuento, con cargo a vacaciones, con caducidad de 1 año; 10 tiquetes aéreos en rutas nacionales de la empresa, con el 100% de descuento, con cargo a vacaciones, con caducidad de 1 año, contados a partir de la fecha de retiro, para ser utilizados por el extrabajador, su esposa e hijos debidamente registrados en su hoja de vida. Adicionalmente, la demandada, le otorgaría los tiquetes consagrados en la Convención Colectiva para jubilados, mientras estuviese pensionado por AVIANCA.

Señala que, la demandada, mediante comunicación A-801030000-142858 del 10 de marzo de 2008, dirigida a los jubilados en general, informó que implementaría herramientas virtuales para la utilización y obtención de tiquetes a los que tenían derecho los pensionados; que, el 27 de noviembre de 2008, AVIANCA, le comunicó la conmutación del pasivo pensional, que quedaría a cargo de la Aseguradora de Vida Colseguros S.A.; que, el 19 de noviembre de 2010, solicitó ante el ISS, el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue concedida mediante resolución 101408 del 20 de noviembre de 2011.

Manifiesta que, en varias ocasiones solicitó a la demandada, los tiquetes a los que como pensionado tenía derecho; sin embargo, ésta se los negó creando unilateralmente condiciones no convenidas, como el uso de herramientas virtuales, que para una persona mayor, no son de fácil manejo; posteriormente, desactivó la cuenta del actor, y, pese a reiteradas llamadas telefónicas, la misma nunca fue desbloqueada, causándole un grave perjuicio moral y material, porque los viajes constituyen una parte importante de su forma de vida y la de su familia. Indica que, el 21 de septiembre de 2012, AVIANCA, le informó que el beneficio de tiquetes estaba sujeto a la existencia de una obligación pensional, y, comoquiera que, la pensión de vejez, reconocida por el ISS, fue superior a la de jubilación otorgada por esa empresa, ya no tenían una obligación pensional a su cargo, razón por la que, tampoco seguiría siendo beneficiario de los tiquetes aéreos pactados; no obstante, le concedería 2 tiquetes en las rutas de la Compañía, por cada año calendario, al momento de su retiro.

Refiere que, el 15 de marzo de 2013, presentó demanda ordinaria laboral, contra AVIANCA, para obtener el pago de la mesada catorce, que también fue desconocida; demanda, que también correspondió al Juzgado Cuarto Laboral, con el radicado 2013-00150, y en la que, mediante sentencia del 27 de febrero de 2014, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, condenó a la demandada, a mantenerle las condiciones pensionales, como derecho adquirido, razón por la cual, no existe justificación para que AVIANCA, continúe negándole sus derechos pensionales; que, el 4 de noviembre de 2014, le solicitó a la accionada,

reactivar el usuario para hacer efectivo su derecho a recibir tiquetes, a lo que AVIANCA, contestó mediante comunicación del 1 de diciembre de 2014, exigiéndole trámites que otros no exigían y que otros usuarios no han realizado (fls. 1-13).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, con escrito de folios 113 a 122, dio contestación a la misma, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, negó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación y vejez; aclarando que respetó los términos del acuerdo y la conciliación celebradas con el actor; no obstante, la concesión de unos tiquetes, no fue una obligación adquirida de manera permanente y vitalicia, por el contrario, las partes de común acuerdo fijaron los términos taxativos, estando sujeto el reconocimiento de tiquetes a la existencia de una obligación pensional; además, en la actualidad, por mera liberalidad, le reconoce 2 tiquetes anuales, para pensionados del Seguro Social, previo estudio de unos requisitos, debiendo inscribirse en el sistema vuela conmigo, y cumplir los pasos correspondientes; sin que, pueda tampoco considerarse procedente el pago de perjuicios morales y materiales, los cuales no se encuentran probados, ni se causaron. Propuso las excepciones de prescripción, pago, inexistencia de la obligación, caducidad, buena fe y la genérica e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de septiembre de 2019, el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que las partes acordaron de manera clara y precisa, la forma en que iba a ser entregado al demandante, el beneficio de los tiquetes aéreos, como se encontraba contemplado en la Convención Colectiva para los jubilados de la demandada, y mientras el actor estuviera pensionado por parte de AVIANCA, estatus que acreditó hasta el reconocimiento de la pensión de vejez, situación que acaeció en el año 2011, quedando entonces la pensión a cargo del ISS hoy COLPENSIONES, siendo claro el parágrafo de la Convención al señalar que, serán otorgados, mientras esté pensionado por AVIANCA, no por otra entidad; sin que pueda hablarse de un incumplimiento por parte de la demandada, pues, desde que se firmó el acta de conciliación, concedió al demandante, el derecho reclamado, por lo que una vez reconocida la pensión por parte del ISS, se extinguió la obligación; y, en cuanto a la vigencia del acuerdo y el carácter de pensión del actor, no puede extenderse al presente asunto, lo decidido en proceso diferente, donde sólo se resolvió el reconocimiento de la pensión de jubilación, pero nada se dijo frente al reconocimiento de los tiquetes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, para que se revoque la sentencia de Primera Instancia, y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que, ya le fue reconocido el carácter de pensionado, y no puede valer dicha condición, para unos efectos y para otros no; que, desde el mismo acuerdo de voluntades, las partes determinaron la caducidad del beneficio, debiéndose entender que es a partir de la expedición de cada ticket, pues, sería contradictorio que le diera una caducidad de un año a un derecho que es vitalicio, por ser vitalicio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte demandante insistió en los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación, señalando que, el término de caducidad de los tickets aéreos es a partir de retiro del billete y no del trabajador. Por su parte, la demandada, pide confirmar la decisión de Primera Instancia, pues, el beneficio de los tickets reconocidos mediante acuerdo y conciliación no fue de manera permanente y vitalicio, sino que estaban sujetos a la existencia de una obligación pensional por parte de la Compañía, sin que tampoco pueda considerarse, la causación de perjuicios morales y materiales, ya que, los mismos no se encuentran probados en el proceso.

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 en el artículo 66 A del CST, conforma a la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por el demandante, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si le asiste el derecho a continuar disfrutando de los tickets aéreos reconocidos mediante acuerdo y conciliación, con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez, por parte del Seguro Social o si por el contrario resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al negarse este beneficio.

DEL SUMINISTRO Y PAGO DE TIKETES AÉREOS

Insiste el demandante, en su recurso, en que se debe ordenar el pago a su favor de los tickets aéreos reconocidos por la demandada, en virtud del acuerdo y conciliación celebrados entre las partes, en el año 1997, pues, considera que tal beneficio es vitalicio y no puede desconocerse por el reconocimiento de la pensión de vejez, por parte del Seguro Social hoy COLPENSIONES.

Al respecto, milita en el plenario acuerdo de fecha 23 de mayo de 1997, suscrito entre AVIANCA y el demandante, por medio del cual, se pactó el reconocimiento anticipado de la pensión de jubilación a favor del actor, a partir del 29 de abril de 1997 y hasta el 7 de noviembre de 2010, cuando el entonces Seguro Social, le recociera la pensión de vejez, asumiendo la demandada, sólo el mayor valor que llegara a existir entre las dos pensiones; y, adicionalmente, se dispuso que:

“4°. Se le darán los tiquetes de lustros pendientes de utilizar con caducidad de tres (3) años contados a partir de la fecha del retiro.

Además la Empresa le concede DOS (2) tiquetes en rutas internacionales de la empresa con el 100% de descuento y DIEZ (10) TIQUETES EN LAS RUTAS NACIONALES DE LA EMPRESA CON CARGO A VACACIONES, caducidad de UN AÑO contado a partir de la fecha del retiro” (fls.26-27, 123-124 y 193-195).

Posteriormente, dicho acuerdo, se formalizó mediante acta de conciliación, celebrada ante la Dirección Regional del Trabajo, el 6 de junio de 1997, estipulando, respecto al reconocimiento del beneficio de los tiquetes aéreos que:

“4°. La Empresa entregará además los siguientes tiquetes aéreos:

Tres (3) TIQUETES en las rutas de la Empresa, con el 100% de descuento, sujetos a cupo, caducidad de tres (3) años, contados a partir de la fecha del retiro, los cuales corresponden a lustros de 15 y 20 años, pendientes de utilizar.

Además la Empresa le concede DOS (2) TIQUETES PROPORCIONALES A LUSTROS DE 25 años de servicios, de acuerdo con la tabla existente para estos casos.

DOS (2) TIQUETES EN RUTAS INTERNACIONALES DE LA EMPRESA, con el 100% de descuento CON CARGO A VACACIONES, caducidad de UN AÑO Contado a partir de la fecha del retiro, y

DIEZ (10) tiquetes en las rutas NACIONALES DE LA EMPRESA con el 100% de descuento, CON CARGO A VACACIONES, caducidad de UN AÑO contados a partir de la fecha del retiro, para ser utilizados por el extrabajador, su esposa e hijos debidamente registrados en su hoja de vida.

Asimismo, la Empresa le otorgará los tiquetes que contempla la convención colectiva para los jubilados, mientras esté pensionado por AVIANCA.

Los tiquetes antes mencionados serán entregados al extrabajador cuando éste los solicite a la Empresa dentro de los términos establecidos. Se aclara que todos los tiquetes aquí mencionados no son negociables...” (fls. 28-33 y 125-130).

También se encuentra acreditado dentro del plenario que, mediante comunicación del 27 de noviembre de 2008, AVIANCA, le informó al actor,

la conmutación del pasivo pensional, con cargo a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. (fl.36); que, el Seguro Social, mediante resolución 101408 del 11 de febrero de 2011, le reconoció pensión de vejez, en cuantía de \$2.332.009, a partir del 7 de noviembre de 2010 (fls. 38-40); que, el demandante, luego de dicho reconocimiento, solicitó el beneficio de los tiquetes aéreos y AVIANCA, mediante comunicaciones del 21 de septiembre de 2012 y 1 de diciembre de 2014, dando respuesta a su requerimiento, le informó que:

“...una vez reconocida la pensión de vejez por el ISS se extinguió la obligación pensional originalmente a cargo de Avianca y conmutada con Colseguros.

La razón de esta situación, deriva en que su pensión de vejez fue mayor a la pensión de jubilación que Avianca reconoció y por ende no fue compartida dicha prestaciones. Es por esto, que usted actualmente se encuentra inactivo en nuestro sistema sin tener acceso a los tiquetes de jubilado.

No obstante lo anterior, Avianca en un acto de mera liberalidad, previo un estudio de cumplimiento de los requisitos exigidos para el beneficio de tiquetes de pensionados del Seguro Social, otorga dos (2) tiquetes aéreos en las rutas de la Compañía por cada año calendario, los cuales podrán ser disfrutados por el pensionado y su esposa o compañera permanente registrado en su hoja de vida al momento de su retiro de la Compañía” (fls. 44, 48-51, 131-134 y 197-201)

Igualmente, obra sentencia proferida el 27 de febrero de 2014, dentro de proceso ordinario que también adelantó el demandante, contra AVIANCA, y que, cursó en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, con radicado 2013-0150, en el que se condenó a AVIANCA, a cancelar la mesada adicional de junio, a partir del año 2011 (fl. 302 C.1); decisión confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 28 de marzo de 2014, pues, dijo el Tribunal, que las pensiones de vejez y jubilación son incompatibles, no obstante, en aras de no menguar el ingreso que viene disfrutando el pensionado, el empleador debe cancelar la diferencia entre lo reconocido por vejez y lo que venía pagando como pensión voluntaria; así las cosas, aunque la pensión de vejez, concedida al demandante, es una prolongación de la jubilación, y el entonces Seguro Social, no estaba en la obligación de pagar 14 meses al actor, AVIANCA, si debía garantizarle el mismo ingreso que tenía, por ser derecho adquirido, que permanece inmodificable (fl. 309 C.1).

Teniendo en cuenta lo anterior, no desconoce la Sala, el acuerdo al que llegaron las partes el 23 de mayo de 1997, en el cual se estipuló el otorgamiento de dichos tiquetes aéreos, para el demandante, en su condición de jubilado por AVIANCA; sin embargo, también se advierten, que en dicho pacto, demandante y demandada, consagrado que el actor, podría reclamar tal beneficio, dentro de un plazo determinado, contado “a partir de la fecha del retiro”; término que no admite interpretación alguna, pues, al

encontrarse negociando la terminación del contrato de trabajo, mal puede entenderse que se trate del retiro de los boletos de avión, como lo aduce el demandante, en su recurso.

Además, también se contempló que la vigencia de dicha prerrogativa, sería mientras el demandante, estuviera “*pensionado por AVIANCA*” situación que cesó al momento del reconocimiento de la pensión de vejez, por parte del entonces Seguro Social, mediante la resolución 101408 del 11 de febrero de 2011 (fls. 38-40); y contrario a lo afirmado por el parte actora, éste no conserva la doble condición de pensionado por jubilación y por vejez, ya que, como lo indicó la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, en el proceso relacionado con el pago de la mesada adicional de junio, el demandante, actualmente sólo es beneficiario de la pensión de vejez, pues, al pactar la compartibilidad de la pensión de jubilación, se extinguió para AVIANCA, la obligación pensional, quedando sólo a cargo de cancelar el mayor valor, que le garantiza al pensionado, el mismo ingreso que venía disfrutando.

Así las cosas, al perder la calidad de jubilado de AVIANCA, debe entenderse que también finalizaron los privilegios que ostentaba el actor, por dicha condición, como expresamente lo acordaron y ratificaron en el acta de conciliación suscrita el 6 de junio de 1997; pacto del que no se desprende que alguna de las partes, en especial la demandante, estuviere en desacuerdo con su contenido, ni tampoco se alegó vicio alguno del consentimiento, por consiguiente, se considera válido y es ley para quienes lo suscribieron.

En ese orden de ideas, sin más consideraciones, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada,

Costas en esta instancia a cargo del demandante, atendiendo 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

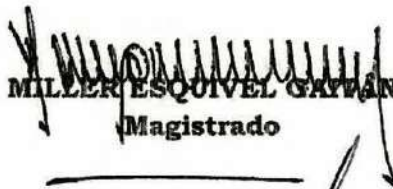
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por MARIO EDUARDO MENDEZ BAUTISTA en contra de AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

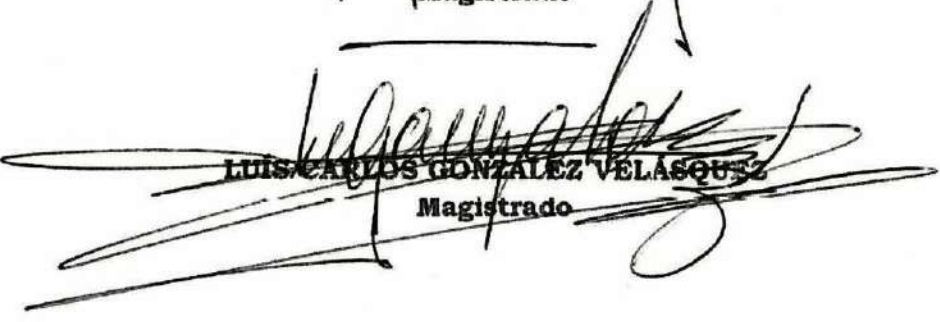
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a cargo del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$454.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado