



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS**

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ROSA AURELIA PANESSO QUEJADA contra MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA. Rad. 11001 31 05 001 2019 01138 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el día 12 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **ROSA AURELIA PANESSO QUEJADA**, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la señora **MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA**, como persona natural, desde el 15 de abril de 2010 hasta el 15 de junio de 2019. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada a reconocer y pagar cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones por la vigencia de la relación laboral, así como la indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, indemnización por despido sin justa causa, aportes a Seguridad Social, indexación, y lo que se encuentra aprobado ultra y extra petita, al igual que las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que trabajo de forma verbal con la señora **MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA**, desde el día 15 de abril de 2010, en el cargo de cocinera del establecimiento denominado Restaurante Doña Silvia, propiedad de la demandada y el cual no se encuentra inscrito en Cámara de Comercio. Que recibía órdenes e instrucciones por parte de la demandada y devengaba un salario de \$1.200.000, incluyendo el subsidio de transporte, con un horario de lunes a sábado de 8:00 am a 4:00 pm. Indicó que, el 15 de junio de 2019 fue despedida sin justa causa por parte de la señora **MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA**, sin que ésta le cancelara las sumas correspondientes a cesantías por el tiempo de servicio, primas de servicio, vacaciones, e intereses a las cesantías (fls. 3-11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La señora **MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA** a través de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras considerar que nunca existió contrato de trabajo con la actora, toda vez que el establecimiento de comercio denominado LA DELICIA CRIOLLA, es de propiedad de su hijo. Alegó que, las pretensiones de la demandante carecen de fundamento, razón y validez, como quiera que no le asiste el derecho invocado, por lo cual solicitó ser absuelta de todas las peticiones de la demandante y en su lugar se le condene a pagar las costas y agencias del proceso. Propuso como excepciones las denominadas «falta de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe», «prescripción», «indebida notificación» y la «genérica» (fls. 23-28).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 12 de octubre de 2021, declaró la existencia de una relación laboral celebrada mediante contrato verbal entre la señora **ROSA AURELIA PANESSO QUEJADA** y la señora **MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA**, con vigencia entre el 15 de abril de 2010 hasta el 15 de junio de 2019. Como consecuencia de ello, ordenó al demandado pagar en favor de la demandante la suma de \$7'048.017,56 por concepto de auxilio de cesantía, \$275.941,51 por concepto de intereses a la cesantías, \$2.713.633,07 por concepto de prima de servicios, \$1.308.016,12 por concepto de vacaciones; la suma de \$40.000 diarios pagaderos los primeros 24 meses subsiguientes a la terminación del contrato de trabajo y a partir del mes 25 intereses en la tasa máxima de créditos de libre designación según certificado de la Superintendencia Financiera; la suma de \$70.414.744 por concepto de indemnización por no consignación de las cesantías; la suma de \$4'770.763,56 por concepto de despido sin justa causa. Igualmente, condenó

a la demandada al pago de los aportes no efectuados al sistema de Seguridad Social en pensiones, el cual deberá realizar a la administradora de fondos de pensiones a la que la demandante se encuentre afiliada; a la indexación de las vacaciones desde el 24 de octubre de 2016 hasta el momento en que se produzca el pago efectivo, por último condenó a la demandada el pago de las costas y agencias en derecho. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción interpuesta por la demandada (fls. 57-60).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, el apoderado judicial de demandada interpuso recurso de apelación, donde en síntesis señaló que desde la contestación planteó que la demandante no tenía ningún vínculo laboral con la señora MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA; aunado a ello, señaló que la demandante se iba a descansar del supuesto sitio de trabajo y se veía interrumpida la presunta relación laboral por más de 15 días, cuando se iba a descanso. También señaló que existió una prescripción de todos los años, y que con los testimonios se demostró que la demandante no fue despedida, incluso en el interrogatorio que rindió planteó que ella tenía problemas con el hijo de la demandada, y que ello ocasionó el retiro voluntario del puesto de trabajo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio y no presentaron alegatos de conclusión.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo. En caso afirmativo, establecer el extremo final del mismo, y si hay lugar a condenar por indemnización contemplada en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignación de las cesantías.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. 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 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, 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.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- **TESTIMONIO DE LUZ MARY GÓMEZ SUÁREZ:** Señaló que distingue a la demandante hace más de 15 años, cuando la demandante llegó a Bogotá, y que para esa fecha la testigo se encontraba trabajando en el Seminario del Verbo Divino en Santa Isabel, que la demandante le dijo que necesitaba trabajar y la llevó donde la señora Silveria porque estaba necesitando una cocinera en el establecimiento Doña Silvia, pero no recuerda la fecha con exactitud. En cuanto a la terminación, señaló que la demandante le contó que Doña Silveria la había sacado y que no le había pagado las prestaciones sociales.
- **TESTIMONIO LEIDY MARIAN RAMÍREZ QUINTANA:** Manifestó que la conoce porque trabajaron en el mismo restaurante, que la actora ingresó en abril de 2010 aproximadamente para trabajar de cocinera, que lo recuerda porque trabajaba en el Restaurante Doña Silvia de mesera, y que la propietaria era Silvia (María Silveria). Informó que cumplían horario de lunes a sábado de 7.30 a 4 o 5 de la tarde y que las ordenes se las daba doña Silvia (María Silveria). Indicó que el salario de la demandante era de \$1.200.000 y que lo

sabe porque a todos les pagaban ahí de manera quincenal y que ganaba lo mismo que ella. En cuanto a la terminación del contrato, indicó que la demandante fue despedida, después de una pelea con su hijo que doña Silvia (María Silveria) decidió echarla en junio o julio de 2019. En lo referente a las vacaciones, indicó que no tenían y que los descansos solo eran los domingos y festivos; que en diciembre la accionante iba de permiso a su pueblo pero que las vacaciones no eran pagadas y que en ocasiones la reemplazaba porque el restaurante continuaba abierto. Indicó que el restaurante en la actualidad cambió de administración y de nombre y que lo sabe porque pasa por ahí constantemente.

- **INTERROGATORIO ROSA AURELIA PANESSO QUEJADA:** Señaló que laboró con la demandada desde el 15 de abril de 2010, en el oficio de cocinera, restaurante ubicado en el barrio Santa Isabel; indicó que recibía ordenes de la señora Silvia, en el horario de 8 a 4 de la tarde de lunes a sábado; adujo que descansaba domingos y festivos y que trabajó de manera continua, a excepción de los diciembres porque se iba a su tierra desde el 20 o 21 de diciembre y regresaba el 10 de enero. Explicó que su salario era pagado quincenal, en la suma de \$600.000 y que laboró hasta el 15 de junio de 2019. Que a final de año nunca recibió prestaciones sociales de parte de su empleadora. En cuanto a la terminación del contrato laboral, señaló que su retiro se debió a que la demandante y su hijo la echaron del restaurante.
- **INTERROGATORIO MARIA SILVERIA BERNAL MAYORGA:** Manifestó conocer a la demandante, desde hace bastante tiempo, porque ella trabajaba para unos curas y allá fue donde la conoció para que fuera a trabajar a su negocio. No recordó la fecha exacta en la que la demandante inició a prestar sus labores en su negocio, pero indicó que se desempeñaba en un principio como auxiliar de cocina ya que era la misma demandada la que cocinaba. Indicó que el nombre de su negocio era mismo suyo, Restaurante Doña Silvia, ubicado en la Carrera 27 No. 1b-42. Adujo que le pagaba lo que acordaron, sin el pago de prestaciones ni cesantías porque no estaba en capacidad de hacerlo porque era un negocio pequeño; que tampoco la afilió a seguridad social porque la demandante le dijo que no porque tenía sisben. No recordó hasta que fecha laboró la demandante para su servicio. En cuanto a su firma, indicó que en ocasiones si se trata de cheques o similares, los suscribe con el nombre de María Silveria, y los demás con el nombre de Silvia. Que no recuerda haberle entregado certificación laboral a la demandante. En cuanto a la terminación del contrato, indicó que la demandante le dejó el puesto

“tirado” y se fue con unas vulgaridades para con ella y su hijo mayor, en plena hora de almuerzo, más en ningún momento la echó.

En cuanto a las pruebas documentales arrimadas al plenario, se tiene que únicamente obra certificación laboral del 20 de marzo de 2019, suscrita por la señora SILVIA BERNAL, nombre con el que en ocasiones suscribía la señora MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA, los documentos (fl 12).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado que la demandante efectivamente prestó sus servicios en favor de la señora MARIA SILVERIA BERNAL MAYORGA, no sólo porque así lo aceptó esta misma en el interrogatorio de parte absuelto, sino porque también fue ratificado con los testimonios de las señoras LUZ MARY GÓMEZ SUÁREZ y LEIDY MARIAN RAMÍREZ QUINTANA, quienes señalaron que la demandante prestó sus servicios de manera continua desde el mes de abril de 2010 en el Restaurante Doña Silvia, en el cargo de cocinera, quienes además dejaron claro que la demandante solo suspendía sus labores a finales de diciembre y principio de enero, a través de un permiso concedido por su empleadora para que asistiera a su pueblo, lo que a simple vista evidencia que la prestación fue continua e ininterrumpida.

De esta manera, en virtud de lo anterior, la Sala confirmará lo atinente a este punto, puesto que considera que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio en favor de la convocada a juicio, y, además, la demandada no desvirtuó tal presunción. Por lo anterior, la Sala de Decisión procede al estudio relativo a la terminación del contrato de trabajo, a fin de establecer si existió o no despido injusto.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Frente al despido sin justa causa, la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiéndose que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

En este caso, el Juez de primera instancia, decidió condenar al pago de indemnización por despido sin justa causa, al considerar que, con la inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación, había operado en su contra la confesión ficta estipulada por el numeral 2 del artículo 77 CPT y de la SS; ahora bien, escuchada la mencionada audiencia, se tiene que el Juez de primera instancia no señaló sobre cuáles hechos recaía tal sanción ni declaró los efectos de la misma, pues se limitó a manifestar que las consecuencias serían estudiadas en su debida oportunidad. Al tenor de lo anterior, considera esta Sala que no puede tenerse por confesado el hecho relativo a la terminación del contrato de trabajo, pues el Juez A quo no señaló los que eran susceptibles de confesión, sobre los cuales operaría las consecuencias procesales mencionadas.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no existe elemento de convicción alguno que acredite las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el despido, no habría lugar a condenar a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa, al no cumplir la accionante con la carga de la prueba, pues aunque las testigos LUZ MARY GÓMEZ SUÁREZ y LEIDY MARIAN RAMÍREZ QUINTANA , señalaron que la demandada la “echó”, no explicaron ni informaron, las circunstancias y razones de fondo de tal decisión, una de ellas porque no trabajaba en el mismo lugar y hablaba con la demandante de forma esporádica, y la última de estas, porque a pesar de haber señalado que la señora MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA, la había despedido el 15 de junio de 2019, no se refirió a este suceso con suficiente claridad, a fin de permitir a esta Sala determinar que en efecto el despido fue sin justa causa, de ahí que, al no estar acreditado el hecho del despido, se reitera, no hay lugar a imponer la indemnización pretendida, lo cual es suficiente para revocar el ordinal quinto de la sentencia objeto de estudio.

PRESCRIPCIÓN

En el presente caso, la sentencia de primera instancia dispuso declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, frente a lo cual señala el recurrente que no había lugar a declararla probada parcialmente, si no en su totalidad.

Al respecto se debe considerar que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que las acciones correspondientes a los derechos sociales prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo los casos especiales establecidos en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual en similares términos contiene el artículo 151 de dicho estatuto procedimental.

Acorde con lo anterior, se debe indicar que las referidas normas en las que se debe apoyar la decisión al respecto, establecen un término prescriptivo trienal y es claro que el mismo se aplica para la reclamación de los derechos sociales que dichos estatutos regulan y que son objeto de demanda en esta jurisdicción; en tal sentido transcurrido este tiempo de tres años, sin que se ejerza el derecho de acción ni se interrumpa la prescripción, el derecho se extingue por ese fenómeno.

Ahora, al haber terminado el contrato de trabajo de la accionante el 15 de junio de 2019 y presentado la demandada el 24 de octubre de 2019, es decir, dentro de los 3 años que indica la norma, es claro que las acreencias laborales (con excepción de las cesantías y los aportes a seguridad social pensiones) que la demandante reclama, se encuentran prescritas desde el 15 de junio de 2016 hacia atrás, ante la negligencia y falta de acción de la demandante en la consecución de tales acreencias, precisando que las vacaciones si bien no siguen en la practica la suerte de la prescripción extintiva de tres (3) años, por cuanto su exigibilidad se da un año después de su causación, aquí resulta inane este análisis pues solo apeló la parte demandada, por lo que cualquier decisión en contrario desconoce la non reformatio in pejus.

De lo anterior, se desprende que el juez de primera instancia, aplicó en debida forma la excepción de prescripción, puesto que no había lugar a declararla probada en su totalidad, pues como ya se indicó, la demandante presentó esta acción judicial dentro de los 3 años señalados por los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, por lo cual, se tiene que en el presente asunto el fenómeno de la prescripción extintiva operó únicamente de forma parcial. Es por lo anterior que la Sala considera que se debía declarar probada la excepción de prescripción parcialmente y, en efecto, se dio respecto de los conceptos ya mencionados y desde el 15 de junio de 2016 hacia atrás; como consecuencia, se confirmará lo relativo a este punto de apelación.

En este orden de ideas, y una vez evacuados todos los puntos de la alzada, esta Sala de Decisión revocará el ordinal quinto de la sentencia recurrida y confirmará lo demás en todas sus partes. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

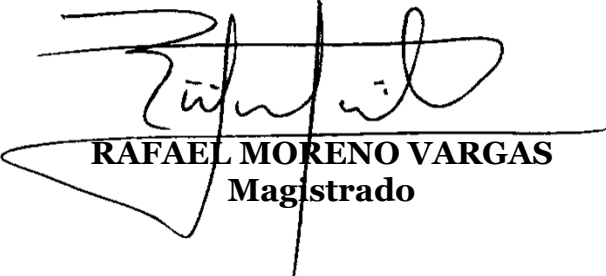
PRIMERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en fecha 12 de octubre de 2021, y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada MARÍA SILVERIA BERNAL MAYORGA del pago de la indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio en todo lo demás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

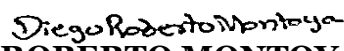
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS**

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Proceso ordinario laboral de MARIA DEL PILAR DIAZ SARMIENTO
contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES. Rad. 110013105-005-2019-00220-01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARIA DEL PILAR DIAZ SARMIENTO**, promovió demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES**, con el fin de que se le reconozca y pague el retroactivo pensional a partir del 06 de julio de 2016 hasta el 01 de diciembre de 2016, fecha a partir de la cual se le reconoció la pensión; junto la indexación y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; al pago de costas y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató que COLPENSIONES le reconoció la pensión de jubilación a partir del 01 de diciembre de 2016, en cuantía inicial de \$2.235.193, decisión que le fue notificada el 02 de diciembre, por lo que, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, solicitando el reconocimiento de la prestación desde el 06 de julio de 2016, por ser la fecha en la que le notificó a sus

empleadores su deseo de retirarse del sistema general de seguridad social en pensiones, no obstante, la entidad negó su pedimento. Manifestó que al resolver el recurso, COLPENSIONES violó su derecho de defensa, por haber esgrimido una razón diferente a las establecidas en la Resolución recurrida, pues adujo que la Universidad del Bosque no acreditó la novedad de retiro, por ello, la pensión debía ser reconocida desde el 01 de diciembre de 2016. Señaló que el 24 de febrero de 2017 allegó a COLPENSIONES, la copia del certificado de aportes a través del cual la Universidad del Bosque acredita su retiro oportuno a partir de julio de 2016, con el fin de que le reconocieran el retroactivo pensional. Añadió que la entidad nuevamente negó su pedimento, argumentando que si bien se suspendió el pago de cotizaciones en pensión, ello no ocurrió en salud, demostrando que seguía laboralmente vinculada a la Universidad del Bosque y no se acreditó la novedad de Retiro. Indicó que el 09 de marzo de 2017, la Universidad del Bosque envió una comunicación dirigida a COLPENSIONES explicando las razones por las cuales se debía aplicar la novedad de retiro a su caso, lo cual ratificó el 29 de diciembre de 2017 mediante la solicitud de actualización de novedad de retiro desde junio de 2016, por ser la fecha en la que cumplió los requisitos para pensionarse. Aseguró que el 01 de febrero de 2018, COLPENSIONES aplicó la novedad de “P” (requisitos cumplidos para pensión) en su historia laboral desde el ciclo 2016/06 (Exp. Digital: 11001310500520190022000, págs. 1 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, la pensión reconocida a la demandante, mediante Resolución GNR 357345 del 25 de noviembre de 2016, se ajusta a derecho. Manifestó que al tenor del Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, para la causación y disfrute de la pensión de vejez es necesaria la desafiliación del sistema general de seguridad social. Resaltó que cuando un afiliado es dependiente, ha cumplido con los requisitos para adquirir el derecho pensional y no se acredita su desvinculación laboral, la prestación debe ser reconocida a partir de la fecha de inclusión en nómina. Agregó que para que haya lugar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, es necesario acreditar el retiro con el último empleador, salvo cuando la última cotización efectuada por los empleadores que hayan omitido reportar el retiro no sea superior a los cuatro (4) años contados desde el retiro del último empleador. Como excepciones de fondo, propuso las de «carencia de causa para demandar», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e

«innominada o genérica» (Exp. Digital: 11001310500520190022000, págs. 92 a 100).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, decidió condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante, el retroactivo pensional generado entre el 01 de septiembre de 2016 y el 30 de noviembre de 2016 por valor de \$6.705.579, junto con el pago de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales deberán ser pagados desde el 08 de noviembre de 2016 hasta la fecha en que efectivamente se pague el correspondiente retroactivo. Finalmente, autorizó a COLPENSIONES descontar del retroactivo las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez se reconoce a solicitud de la parte interesada cuando reúna los requisitos, siendo necesaria su desafiliación del sistema pensional para que pueda disfrutar de la misma, no obstante, dicha disposición ha sido morigerada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, quien ha mencionado que es dable tener como fecha de reconocimiento, el momento en el que el afiliado a través de su comportamiento demuestra su ánimo de retirarse del sistema general de seguridad social, aun cuando no exista una novedad de retiro. En ese orden, señaló que la demandante le comunicó al empleador que había solicitado el reconocimiento de la pensión de vejez, aunado a que, en el expediente administrativo obra la novedad de retiro por parte del empleador CESA para el ciclo de agosto de 2016, pese a que la relación laboral se terminó en diciembre de ese año. Explicó que el retroactivo pensional debe ser pagado a la demandante desde el 01 de septiembre de 2016, toda vez que el ciclo de agosto de la misma anualidad se tuvo en cuenta para hacer la liquidación de la mesada, máxime cuando la novedad de retiro «p» de la Universidad del Bosque, dado que esa novedad significa que el trabajador cree haber cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero el derecho no ha sido declarado por parte de la AFP. Mencionó que la antedicha novedad, demuestra la intención de la actora de dejar de cotizar al sistema general de pensiones. Arguyó que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que en caso de mora en el pago de las mesadas, se deben pagar intereses moratorios después de cumplidos cuatro meses desde la solicitud de reconocimiento, por lo que se deben pagar intereses desde el 08 de noviembre de 2016, pues la solicitud se elevó el 07 de julio de 2016.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandante, interpuso recurso de apelación parcial, argumentando que, el retroactivo pensional debe ser reconocido desde el 01 de julio de 2016, toda vez que en la primera resolución, COLPENSIONES adujo que no había lugar al pago del retroactivo pensional porque no se había reportado la novedad de retiro por parte de la Universidad del Bosque, sin embargo, cuando la entidad resolvió el recurso soslayó el principio de non reformatio in pejus, tras argüir que el COLEGIO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ADMINISTRACION-CESA no había reportado la novedad de retiro, es decir que se refirió a una entidad diferente. Explicó que no se debe confundir la prohibición de doble asignación del sector público, pues los trabajadores particulares no están sometidos a ella porque antes de la Ley 100 de 1993 sólo se exigía el retiro del sistema general de pensiones, no de salud. Añadió que las cotizaciones en salud se efectúan de acuerdo a los ingresos, de forma tal que si se perciben ingresos es obligatorio cotizar en salud. Arguyó que se deben revisar los motivos por los cuales no se pagó el retroactivo, pues la entidad cambió sus argumentos al resolver los recursos. Indicó que es dable reconocer y pagar el retroactivo pensional desde el 01 de julio de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2016, tiempo al que se deberán ajustar los intereses moratorios.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en el libelo constestatorio, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura establecer si a la parte actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pretendido, junto con los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, es menester precisar que no es materia de controversia que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES –COLPENSIONES le concedió pensión de vejez a MARIA DEL PILAR DÍAZ SARMIENTO a partir del 1º de diciembre de 2016, en cuantía inicial de \$2,235,193. En el citado acto administrativo, se advierte que la entidad señaló como fecha en que el afiliado alcanzó el estatus jurídico el día 6 de julio de 2016, argumentando reconocer el disfrute a partir de la referida fecha por cuanto el asegurado se encontraba activo y no presentaba novedad de retiro en el sistema (Exp. Digital: «11001310500520190022000». Págs. 14 a 22).

También se encuentra debidamente acreditado dentro del plenario, de conformidad con la historia laboral allegada y que reposa en las páginas 121 a 133, que la última cotización efectuada por la demandante lo fue con el empleador «*COLEGIO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ADMINI*» para el ciclo de «201608».

Ahora bien, en cuanto al retroactivo pensional desde el 01 de julio de 2016 pretendido en el recurso, estima la Sala que si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1993 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, no es menos cierto que la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, puede observarse lo siguiente:

(i) Desde el 07 de julio de 2016 (pág. 14) solicitó el reconocimiento de su pensión, es decir, desde dicha fecha ejerció ante la demandada, una conducta inequívoca que era su deseo retirarse del sistema.

(ii) La señora DÍAZ SARMIENTO, adquirió el estatus de pensionado desde el 06 de julio 2016, fecha para la cual, tenía más de 1.300 semanas de cotización conforme al

artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y ya había cumplido 57 años de edad.

(iii) Colpensiones para reconocer la pensión de vejez tuvieron en cuenta las semanas cotizadas hasta el 30 de abril de 2016, tal como se extrae de la Resolución GNR 357345 del 25 de noviembre de 2016 (Pág. 16), fecha para la cual la historia laboral reporta novedad de retiro de la demandante como trabajadora independiente (Pág. 106).

No obstante, para los meses de mayo a agosto de 2016 se registran aportes con los empleadores «UNIVERSIDAD EL BOSQUE» y el ya mencionado «COLEGIO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ADMIN» (Pág. 131), lo cual sería suficiente para determinar que le asistiría derecho a la demandante al disfrute de la prestación en fecha anterior a la otorgada por COLPENSIONES, pero en sentir de esta Sala de Decisión desde la fecha en que adquirió el estatus de pensionada, esto es, desde el 06 de julio de 2016 en tanto y en cuanto los aportes pensionales que se efectuaron con posterioridad al mes de abril de 2016 no fueron tenidos en cuenta para erigir el derecho pensional y mucho menos para su cuantificación, tal como se deduce incluso de las Resoluciones GNR 853 del 03 de enero de 2017 y VPB 2920 del 24 de enero de 2017, en las cuales se puede verificar que los aportes tenidos en cuenta van hasta el mes de abril de 2016; y en la Resolución SUB 44523 del 21 de febrero de 2018, si bien se hace referencia a los aportes efectuados entre el mes de mayo y el mes de agosto de 2016, se concluye que no hay lugar a la reliquidación que solicitó la demandante, aspecto fáctico que pone de presente que esos aportes adicionales efectuados más allá de la fecha del estatus de pensionada en nada le favorecieron a la actora, lo anterior sumado al hecho que para el mes de junio de 2016 el empleador Universidad el Bosque reportó la novedad «P», que incluso también es de conocimiento de la accionada, fíjese que en su página web: <https://www.colpensiones.gov.co/loader.php?lServicio=Glosario&letra=N> precisa que tal novedad se presenta «cuando un afiliado crea haber cumplido con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez pero éste derecho aún no ha sido declarado por parte de la administradora de pensiones, no está obligado a pagar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones aunque la relación laboral se mantenga. Por lo anterior, el reporte del cese de las cotizaciones al Sistema de Pensiones se reporta con una (P) debajo del acápite de novedades en pensiones dentro de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes y no implica el retiro del sistema».

En tal medida, estima la Sala que con meridiana claridad, se observa en éste caso

que se cumplen no sólo las condiciones analizadas en la jurisprudencia, sino también que se reportó oportunamente la novedad de retiro por parte de la actora, y en tal sentido, hay lugar a modificar la fecha de disfrute a partir del 06 julio de 2016, fecha en la que la actora cumplió la edad y ya tenía el requisito de semanas para causar la pensión de vejez, tal como la misma entidad lo reconoció y por tanto, hay lugar al retroactivo anhelado, pero desde el 06 de julio de 2016.

Dilucidado lo anterior, se deberá modificar lo decidido en primera instancia en cuanto a este punto en particular; y con el ánimo de calcular el retroactivo adeudado se tiene que la prestación fue reconocida para el año 2016 en la suma de \$2.235.193, lo cual se traduce en que el retroactivo entre el 06 de julio y el 30 de noviembre de 2016 asciende a \$10.803.432.

Se debe anotar que este retroactivo no se encuentra prescrito, en la medida que el mismo se causó a partir del 06 de julio de 2016 y solicitada la prestación por la demandante el 07 de julio de 2016, y esta le fue reconocida mediante Resolución GNR 357345 del 25 de noviembre de 2016 y el retroactivo pensional fue reclamado el 19 de diciembre de 2016 (pág.23), siendo resueltos los recursos finalmente a través de la Resolución VPB 2920 del 24 de enero de 2017 (Págs. 49 a 55), notificada el 22 de febrero de 2017 (pág. 56), y como quiera que la demanda fue promovida el 20 de marzo de 2019 (pág. 84), no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 07 de julio de 2016, pues como se vio, para ese momento la demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, habiéndose incluso reportado la novedad de retiro a pensión, para así reconocer la prestación desde el momento que cumplió la edad requerida, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso

concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En este orden, se tiene que la fecha de la petición pensional fue el 07 de julio de 2016, se colige entonces que el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, vencería el 07 de noviembre de 2016, habiéndose producido el reconocimiento pensional el 25 de noviembre de 2016, con fecha de disfrute 01 de diciembre de 2019, de ahí que, los citados intereses sobre el retroactivo adeudado se causan a partir del 08 de noviembre de 2016, hasta la fecha en que se realice el pago. Se advierte, los intereses se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de interés moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectuó el pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por esta razón, se confirmará lo decidido en este puntualísimo aspecto, por haber llegado a idénticas conclusiones.

De igual manera, se confirmará la decisión en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

En tal virtud, queda resuelta la apelación formulada y la consulta a favor de Colpensiones. De tal modo que, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que la demandante tiene derecho al retroactivo

pensional por mesadas pensionales desde el 06 de julio de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2016, el cual asciende a la suma de \$10.803.432, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de ALEXANDER VELEZ ALCALA
contra CARACOL PRIMERA CADENA RADIAL COLOMBIANA S.A. -
CARACOL S.A. Rad. 110013105 009 2019 00628 01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte accionada contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **ALEXANDER VELEZ ALCALA**, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra CARACOL PRIMERA CADENA RADIAL COLOMBIANA S.A. -CARACOL, a fin de que se declare que todos los emolumentos descritos en la cláusula sexta del contrato de trabajo constituyen salario, igualmente, que la demandada le adeuda comisiones por mantenimiento del cliente del año 2018. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de las comisiones por el servicio de mantenimiento al cliente causadas en los meses de agosto a octubre de 2018. Asimismo, se condene a la demandada a pagar las cesantías insolutas y cotizaciones a pensión por los ingresos salariales que recibió en varias fechas durante el periodo comprendido entre el 2007 y 2018.

Finalmente, se condene a la demandada a pagar de forma indexada lo adeudado, junto con la indemnización moratoria y costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que el 02 de mayo de 2007 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con CARACOL S.A., para desempeñar el cargo de asesor de publicidad en la ciudad de Medellín, fijando dos factores para determinar la remuneración: un ingreso básico mensual de \$554.826 y una suma variable denominada «comisión por venta y recaudos de pauta publicitaria en los diferentes programas y emisiones de CARACOL S.A.» Manifestó que la cláusula quinta del contrato de trabajo habla del salario variable, precisando que el 1.1% de las comisiones se causa cuando el empleador autoriza la orden o contrato de publicidad, mientras que el 98.9% restante se causa al momento del recaudo por el servicio de mantenimiento. Explicó que durante 2007 y 2018 recibió en varias oportunidades y en montos diversos, sumas por concepto de prima extralegal, bonificación por cumplimiento, prima de antigüedad y premio por cumplimiento, sin embargo, dichos rubros no fueron tenidos en cuenta para liquidar las cotizaciones a pensión, las cesantías e intereses a las cesantías. Señaló que el 15 de mayo de 2014 se pactó una cláusula adicional al contrato, acordando que recibiría una bonificación de \$3.580.000, lo que ocurrió también en los meses de septiembre de 2014 (\$3.870.000), septiembre de 2015 (\$2.046.000), enero de 2016 (\$3.732.000) y mayo de 2016 (\$1.866.000). Narró que entre septiembre y octubre de 2018 se causaron a su favor varias comisiones por mantenimiento del cliente, no obstante, aquellas no fueron pagadas. Aseguró que el 17 de octubre de 2018, la demandada terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo, sin embargo, no le pagó las comisiones por mantenimiento, ni el reajuste de las prestaciones sociales, pues no tuvo en cuenta las bonificaciones entregadas durante toda la relación laboral. Agregó que el último salario básico que devengó fue de \$945.981 y el salario promedio para liquidar las prestaciones sociales fue de \$7.411.867 (fls.105 a 142).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **CARACOL S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que las bonificaciones y demás pagos realizados al demandante fueron excluidos del salario, mediante acto y conforme con el artículo 128 del CST. Aseguró que no adeuda suma alguna al actor, toda vez que las comisiones causadas fueron liquidadas a la finalización del contrato laboral. Adujo que el accionante no cumplió con las condiciones para la causación

y pago de las comisiones por mantenimiento, de acuerdo a las políticas de la empresa. Expresó que consignó al fondo las cesantías teniendo en cuenta el salario variable devengado por el demandante, es decir, que realizaba un promedio anual de lo devengado. Manifestó que realizó los aportes a pensión de conformidad con los ingresos del accionante, aclarando que desde el 2010, tuvo en cuenta lo normado en la Ley 1393 de 2010, esto es, que los rubros no salariales que superaran el 40% del total de la remuneración hacen parte de la base para el pago de aportes. Indicó que pese a que le pagó bonificaciones en varias oportunidades, aquellas obedecieron a lo pactado en el contrato de trabajo, aunado a que, la prima extralegal y la prima de vacaciones fueron reconocidas en el pacto colectivo de trabajo, en donde se estableció que no constituirían salario. Añadió que siempre ha actuado de buena fe, lo que hace improcedente el pago de la indemnización moratoria. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «carencia de título y causa del derecho reclamado», «pago», «cobro de lo no debido», «buena fe», «prescripción» y «compensación» (fls. 338 a 362).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 20 de agosto de 2021, declaró que la bonificación por cumplimiento de metas es factor constitutivo de salario. En consecuencia, condenó a CARACOL S.A. reconocer y pagar al demandante, las comisiones adeudas, junto con la reliquidación de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio y vacaciones. Igualmente, condenó a CARACOL a pagar a la AFP en la que se encuentre afiliado el demandante, la diferencia sobre los aportes realizados durante toda la relación laboral. Condenó a CARACOL a pagar al demandante la indemnización moratoria durante los primeros 24 meses e intereses moratorios de allí en adelante, fijando como salario diario la suma de \$501.754. Finalmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada, incluyendo la suma de \$13.300.000 como agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que, de conformidad con los artículos 127 y 128 del CST, constituyen salario todas las sumas que recibe el trabajador por la prestación directa del servicio, siendo no constitutivas de salario, aquellas que se otorgan de manera ocasional o por mera liberalidad del empleador, siempre que no enriquezcan el patrimonio del trabajador sino que ayuden al desempeño de sus funciones. Preciso que la jurisprudencia de la Sala de Casación

Laboral ha reiterado que le corresponde al trabajador acreditar la habitualidad, periodicidad o permanencia en el pago realizado, mientras que el empleador debe demostrar que el emolumento pagado tenía una causa diferente de la prestación personal del servicio. Manifestó que según los comprobantes de nómina, durante la relación laboral, el demandante devengó el salario, las comisiones pactadas, las primas extralegales, las primas de vacaciones y antigüedad, la bonificación por cumplimiento y el auxilio por estudios de los hijos. Argumentó que teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 307 y 308 del CST, la prima extralegal no constituye salario, pues expresamente fue enlistada dentro de los factores no constitutivos de salario y se puede imputar la misma naturaleza que la ley consagró para la prima legal, aunado a que se trata de un emolumento que se traduce en la repartición de las utilidades de la empresa, es decir, que no busca retribuir el servicio del trabajador. Resaltó que las primas de vacaciones y antigüedad, tampoco constituyen salario, pues no tienen el objetivo de remunerar la prestación personal del servicio, sino que, buscan que el trabajador disfrute de unas mejores vacaciones y del reconocimiento por los años de servicio. De otro lado, encontró que pese a los pactos de exclusión salarial, la bonificación por cumplimiento de metas constituye salario, toda vez que su reconocimiento dependía del esfuerzo del demandante, es decir, que se deriva de la prestación personal del servicio, aunado a que, era reconocido de manera habitual, tal como lo manifestó la señora Mónica Janeth Gutiérrez Morales. Recalcó que tanto el representante legal de la demanda, como los testigos Mónica Janeth Gutiérrez Morales y Oscar Orlando Quintero Rodríguez, coincidieron en afirmar que la aludida bonificación dependía del cumplimiento de metas. En consecuencia, encontró procedente la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social causados con anterioridad al 05 de septiembre de 2016, pues la relación laboral finalizó el 18 de octubre de 2018 y la demanda fue impetrada el 05 de septiembre de 2019.

Arguyó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que el derecho al pago de las comisiones por ventas se genera como una retribución al servicio del trabajador, independiente de que el pago o recaudo se dé con posterioridad a la finalización de la relación laboral, por ello, concluyó que el demandante tiene derecho al pago de las comisiones causadas en los meses de agosto a octubre de 2018, pues la tabla de Excel aportada por la demandada, da cuenta de que en dichos meses se causaron las comisiones por valor de \$36.741.463, empero, sólo se pagó la suma de \$21.647.736. Aclaró que en la mencionada tabla no se encuentra la comisión causada por la factura #50126193,

pese a que tiene derecho a ella. Finalmente, esgrimió que procede el pago de la indemnización moratoria, pues la demandada no actuó de buena fe al excluir factores que sí constituyen salario.

RECURSO DE APELACIÓN

Por su parte, el apoderado judicial de CARACOL S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, argumentando que la A quo incurrió en un error de apreciación sobre la naturaleza de las bonificaciones por cumplimiento de metas, pues pese a que se reconocieron de manera periódica, lo cierto es que no buscaban retribuir el servicio prestado por el demandante, sino que se trata de unas sumas otorgadas por alcanzar las metas fijadas de manera global para todo el grupo de vendedores, circunstancia que encuadra con lo normado en el artículo 128 del CST. Recordó que el citado artículo, menciona que los beneficios o auxilios habituales no hacen parte del salario, cuando han sido excluidos de forma expresa, tal como ocurrió en el sub lite. Aseveró que de conformidad con la jurisprudencia de la CSJ, se debe observar la finalidad del pago, caso en el cual se debe concluir que la bonificación tenía el objetivo de premiar e incentivar a los trabajadores, no el de remunerar el servicio prestado. De otro lado, argumentó que según el cuadro y la liquidación final de prestaciones sociales, al momento de la terminación del contrato de trabajo, se pagaron al actor todas las bonificaciones que hasta la fecha se habían causado, tal como se había pactado en el contrato de trabajo. Agregó que la prueba testimonial da cuenta de que antes de hacer la liquidación final del contrato, se requería al área encargada con el fin de conocer las comisiones causadas. Aseguró que no se puede condenar al pago de las comisiones, por ser inciertas, pues es imposible determinar la suma a pagar, ya que no se sabe si el recaudo se hará luego de la fecha de terminación del contrato. En ese orden, aseveró que no hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales, ni al pago de sumas adicionales por aportes a seguridad social en pensión, toda vez que las bonificaciones no son un factor salarial. Resaltó que siempre hubo buena fe, pues la empresa actuó bajo el convencimiento de estar acatando el contrato de trabajo y las normas laborales, por lo que no procede el pago de la indemnización moratoria. Añadió que, en caso de confirmarse la decisión, es menester evaluar el monto diario de la indemnización moratoria, pues el salario mensual del demandante no era de \$15.052.500, por tanto, la suma diaria no asciende a \$501.750.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Por su parte, el demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación, en primer lugar, determinar si los valores cancelados al demandante, denominados «Bonificaciones por cumplimiento de metas», constituyen factor salarial. Igualmente, dilucidar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de las sumas denominadas «Comisiones por venta y Recaudos por pauta publicitaria». Finalmente, establecer si hay lugar al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, y en caso afirmativo, delimitar el monto de la misma.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 02 de mayo de 2007 y el 17 de octubre de 2018, como así se evidencia del contenido del contrato en comento visible a folios 23-27, la copia de la carta de terminación del contrato emitida por la empresa según folio 32, la certificación laboral obrante a folio 33, así como la liquidación definitiva del contrato (fls. 203).

Por otra parte, tampoco es objeto de controversia que en el transcurso de la relación laboral, el demandante ostentó el cargo de *Ejecutivo de ventas*, pues así se desprende de los documentos antes referidos, así como que el actor a la finalización del vínculo contractual terminó devengando como salario básico la suma de \$945.981 según se aprecia de los comprobantes de nómina (fls. 197 a 200), junto con un salario variable dividido en las comisiones por venta y por recaudo (fls. 23 a 27).

Ahora bien, los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que

salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, 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, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias CSJ SL4342-2020 y CSJ SL5159 de 2018, estimó lo siguiente:

«Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye 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», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.

Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.

Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la

ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017). 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. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

De acuerdo al estudio desplegado en sede extraordinaria se concluye que la prima extralegal acá denominada «PNO CONST. SAL» constituye salario ante la ausencia de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que debe seguirse la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.

Aquí, conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una 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 elevar su calidad de vida, carga que acá no se verificó (CSJ SL5159-2018 y CSJ SL12220-2017)».

A juicio de la alta Corporación, no obstante dicha facultad, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del C.S.T. para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (Ver entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018).

Descendiendo al caso que nos ocupa y como ya se refirió en el problema jurídico referenciado con anterioridad, lo primero que se debe establecer es si los valores denominados Bonificaciones por Cumplimiento, son constitutivos de salario. Al respecto, se observa que los comprobantes de nómina dan cuenta de que, durante la relación laboral, la demandada pagó al accionante, sumas denominadas «bonificación por cumplimiento» y «premio por cumplimiento», conceptos que corresponden a las mismas bonificaciones por cumplimiento, independientemente de su designación, pues así lo indicó la testigo señora Mónica Yaneth Gutiérrez Morales, Directora Comercial de la accionada.

Por otra parte, se observa que la cláusula sexta del contrato de trabajo (fls. 23 a 27), estableció los pagos que no constituyen salario, bajo las siguientes condiciones:

«No tendrán la calidad de salario dentro de los términos y previsiones del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y en la forma indicada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, los beneficios en especie y económicos que reciba EL TRABAJADOR como auxilios ocasionales o habituales, la alimentación, el alojamiento y el vestuario, las primas extralegales de servicios, de vacaciones, de antigüedad, los bonos cualquier otro pago que se haga a favor del TRABAJADOR o su familia a sea por su libre voluntad, este contrato u otro documento que se pacte entre las partes.

(...)

Los siguientes conceptos no son salariales y por ello no son prestacionales: Premios y concursos: En ejecución de la gestión comercial, la Compañía a nivel mundial, regional y local podrá participar en concursos, los cuales pueden generar para los TRABAJADORES premios de diferentes tipos, como viajes, bonos, etc, los cuales serán pagados en la nómina siguiente a su obtención, siempre y cuando se cumpla con los requerimientos propios de cada concurso».

Igualmente, mediante diferentes Otrosí las partes pactaron la exclusión salarial de una bonificación extralegal que sería pagada al demandante en los siguientes meses: septiembre de 2003 por un valor de \$3.480.000; enero de 2014 por un valor de \$5.800.000; mayo de 2014 por valor de \$3.580.000; septiembre de 2014 por valor de \$3.870.000; septiembre de 2015 por un valor de \$2.046.000; enero de 2016 por valor de \$3.732.000; mayo de 2016 por una suma de \$1.866.000 (fl. 49 a 55). Cabe resaltar que las sumas objeto de los Otrosí fueron pagadas al demandante en las fechas establecidas bajo la designación de «Premios por cumplimiento», que como se dijo con anterioridad, corresponden a las mismas bonificaciones por cumplimiento. De esta manera, es claro que la demandada desde el contrato laboral hasta los Otrosí suscritos, ha sostenido que las

bonificaciones por cumplimiento no constituyen salario, sin que ello quiera decir que tal disposición deba ser avalada como tal al presente asunto sin una previa ponderación probatoria que así lo determine, según lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias reseñadas en antelación.

Para el efecto y de conformidad con las reglas de la sana critica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPL, de las documentales que reposan dentro del plenario, más exactamente las allegadas por ambas partes y que refieren a los comprobantes de nómina expedidos por CARACOL S.A. (fls. 60 a 202), se evidencia que al demandante en el transcurso de la relación laboral se le mantuvieron pagos constantes en bonificaciones por cumplimiento, bajo los nombres de «bonificación por cumplimiento» y «premios por cumplimiento», pues existió una habitualidad en el pago y recibía valores que incluso duplicaban su salario básico, tal como se desprende de la siguiente relación:

Denominación	Fecha de nómina	Suma pagada
Bonificación cumplimiento	31 de marzo de 2008	\$225.000
	31 de julio de 2008	\$80.000
	31 de octubre de 2008	\$60.000
	31 de diciembre de 2008	\$45.000
	31 de enero de 2009	\$60.000
	28 de febrero de 2009	\$450.000
	30 de abril de 2009	\$240.000
	31 de mayo de 2009	\$39.000
	30 de junio de 2009	\$63.000
	31 de julio de 2009	\$315.000
	30 de septiembre de 2009	\$63.000
	31 de octubre de 2009	\$466.179
	30 de noviembre de 2009	\$600.000
	31 de enero de 2010	\$735.936
	28 de febrero de 2010	\$646.917
	31 de marzo de 2010	\$873.799
	30 de abril de 2010	\$1.320.000
	31 de mayo de 2010	\$1.030.000
	30 de junio de 2010	\$945.800
	31 de julio de 2010	\$1.034.291
	31 de agosto de 2010	\$800.000
	30 de septiembre de 2010	\$936.643
	31 de octubre de 2010	\$954.222
	30 de noviembre de 2010	\$800.000

	31 de diciembre de 2010	\$1.106.920
	28 de febrero de 2011	\$160.000
	31 de marzo de 2011	\$2.600.649
	30 de abril de 2011	\$800.000
	31 de mayo de 2011	\$969.560
	30 de junio de 2011	\$800.000
	30 de septiembre de 2011	\$832.334
	31 de octubre de 2011	\$800.000
	30 de noviembre de 2011	\$1.996.914
	31 de diciembre de 2011	\$800.000
Premio por cumplimiento	30 de septiembre de 2012	\$3.636.000
	30 de septiembre de 2013	\$3.480.000
	31 de enero de 2014	\$5.800.000
	31 de mayo de 2014	\$3.580.000
	30 de septiembre de 2014	\$3.870.000
	31 de enero de 2015	\$3.290.000
	30 de septiembre de 2015	\$2.046.000
	31 de enero de 2016	\$3.732.000
	31 de mayo de 2016	\$1.866.000
	31 de mayo de 2017	\$1.866.000
	30 de septiembre de 2017	\$1.866.000

Con lo anterior, es dable resaltar que en virtud del principio de la realidad sobre las formas, y en atención a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia traída a colación, no interesa la denominación que se le dé a los pagos recibidos, ni si se hizo uso de una herramienta legal para acordar un pago extrasalarial que a todas luces resulte constitutivo de salario, ya que lo que interesa es la verdadera destinación de estas sumas.

Es así que, del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada Señor Jorge Alberto Díaz Gómez, éste manifestó en cuanto a las bonificaciones por cumplimiento, que hacían parte de una política de incentivos de la empresa otorgados de manera ocasional, pues en determinadas épocas era posible establecer una retribución para los asesores que cumplieran con determinado número de ventas, todo ello con el objeto de alcanzar las metas propuestas. Igualmente indicó que las bonificaciones podían ser premios, viajes, televisores o dinero cuando el vendedor obtenía cierto número de ventas.

Por su parte, el testigo Oscar Orlando Quintero –Jefe Administrativo de la

Regional Antioquia de la demandada, traído a instancia de la parte demandada, manifestó de igual manera que dentro de la empresa, a partir de un análisis del presupuesto se genera una política de bonificaciones, con el fin de incentivar las ventas y así, cumplir los presupuestos. Manifestó que si se cumplen las metas, a los asesores se les otorga un porcentaje de conformidad con una tabla. Lo anterior, coincide con lo declarado por la señora Mónica Janeth Gutiérrez Morales - Directora Comercial de la accionada, pues indicó que, para incentivar el cumplimiento de metas, la empresa diseña bonificaciones que pueden ser mensuales o trimestrales, precisando que el valor de las mismas dependía de las ventas que obtuviera cada asesor dentro de ese periodo de tiempo.

En conclusión, encuentra esta Corporación que las bonificaciones por cumplimiento recibidas por el demandante bajo las denominaciones de «Bonificación cumplimiento» y «Premios por cumplimiento» constituyen salario, en la medida en que retribuían de manera directa la actividad laboral, pues su reconocimiento dependía de las ventas que realizara el trabajador, de forma tal que los pactos de exclusión salarial representados en los Otrosí, contrarían la naturaleza retributiva de tales emolumentos. Por demás, cabe aclararse que, la exclusión salarial pactada en el contrato de trabajo no se realizó en los términos de la norma, esto es, de forma expresa y sin asomo de duda respecto de su destinación específica, pues se fijó una cláusula genérica que sólo especifica la exclusión salarial de los premios y concursos, donde se mencionó que cuando la empresa demandada participara en concursos se podrían generar premios de diferentes tipos para los trabajadores, circunstancia que no atañe al sub lite por cuanto no se acreditó que las bonificaciones recibidas por el demandante fueran causadas por concursos en los que haya participado la demandada.

Aunado a lo anterior, un motivo más para considerar que las bonificaciones por cumplimiento recibidas por el demandante constituyen salario es que el artículo 127 del CST establece que las bonificaciones habituales forman parte del salario, habitualidad que fue verificada con anterioridad.

Así, concluye la Corporación diáfananamente que los valores recibidos por el demandante a título de bonificaciones por cumplimiento, son constitutivos de salario de acuerdo a lo previsto en los arts. 127 y 128 del C.S.T. y a lo reiterado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, razón por la que habrá de confirmarse la decisión en este aspecto y ese sentido, al haberse encontrado que las

bonificaciones por cumplimiento sí constituyen salario, es evidente que procede la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social en pensiones, para lo cual se deberá atener a lo dispuesto en la decisión de primera instancia, por cuanto las sumas establecidas por la A quo no fueron objeto del recurso de alzada, así como la prescripción allí aplicada.

PAGO DE LAS COMISIONES POR VENTAS Y RECAUDO

En lo que refiere a este tópico, sea lo primero advertir que la cláusula quinta del contrato laboral suscrito por las partes, fijó las pautas para la remuneración en los siguientes términos:

«EL EMPLEADOR reconocerá el pago establecido en las CARACTERISTICAS DE CONTRATACIÓN y retribuye la gestión que realiza EL TRABAJADOR comprendiendo todos los días del mes.

1. *Pagos que constituyen salario:*
 - 1.1. *Ingreso Básico Mensual: Quinientos cincuenta cuatro mil ochocientos veintiséis pesos (554.826.00) M/cte*
 - 1.2. *Variable: Comisión por Venta Recaudo de pauta publicitaria en los diferentes programas y emisoras de CARACOL S.A.*

PARAGRAFO PRIMERO. Adicionalmente al Ingreso Básico Mensual pactado, el trabajador recibirá comisiones de acuerdo con el anexo a este contrato y las partes acuerdan que: a) EL UNO PUNTO UNO PORCIENTO (1.1%) de dicha comisión reconoce la Gestión de Venta y se causa en el momento en que EL EMPLEADOR autoriza la orden o contrato de publicidad y se pagará mensualmente cuando se realice la facturación. B) EL NOVENTA Y OCHO PUNTO NUEVE PORCIENTO (98.9%) restante se causa al momento del recaudo, por el servicio de mantenimiento al cliente y por recaudo mismo.

(...)

Ante retiro del TRABAJADOR, este no tendrá derecho a la parte del valor pactado en el presente contrato como contraprestación por el servicio de mantenimiento al cliente, ni los recaudos, puesto que tales actividades se hacen físicamente imposibles de realizar por la extinción del contrato, debiendo EL EMPLEADOR proveer bajo su responsabilidad remuneración a otra persona para que realice dicho cometido. (...)».

Por lo anterior, la pasiva ha sostenido que no debe pagar al demandante las comisiones por recaudo reclamadas por haberse causado con posterioridad a la finalización del vínculo laboral. Al respecto, es menester traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

«De la misma forma, en el momento de rendir el interrogatorio de parte que le fue formulado (audiencia del 8 de septiembre de 2015, disco compacto folio 136, minuto 4:30 y ss.), el representante legal de la sociedad demandada precisó que las ventas realizadas por el actor no se sometían a la

modalidad de «contraentrega», sino que su pago por parte de los clientes estaba diferido a unos plazos que él mismo aprobaba y que normalmente eran de entre 60 y 90 días, de manera que, en el caso específico de las ventas analizadas en el proceso, el recaudo lo había hecho la empresa con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo (minuto 11:17 y ss.).

En esas condiciones, siguiendo el mismo esquema de argumentación del Tribunal, al existir una prueba cierta de que el recaudo de las ventas sí fue efectivamente realizado, pero con posterioridad a la finalización de la relación laboral, según confesión de la propia demandada, el derecho a las comisiones sí se habría generado, por lo que el error de hecho en este punto es sumamente trascendente y suficiente para dar al traste con la sentencia recurrida.

Ahora bien, aunado a lo anterior, para la Corte, indudablemente, como lo concluyó originalmente el Tribunal, la cláusula adicional al contrato de trabajo no sujetó la causación de las comisiones a que el cobro de las ventas lo hubiera realizado directa y personalmente el demandante y, sobre todo, que lo hubiera hecho en vigencia de la relación laboral, pues lo que dice esa norma, en este preciso aspecto, es simple y llanamente que las comisiones se causan por «[...] las ventas recaudadas efectivamente [...]».

En correspondencia con lo anterior, esta Sala de la Corte ha determinado que, por regla general, las comisiones por ventas se generan por la efectiva prestación personal del servicio del trabajador en la gestión y materialización del respectivo negocio jurídico, independientemente de que el pago o recaudo se dé con posterioridad a la finalización de la relación laboral (CSJ SL, 16 jun. 1989, rad. 2963 y CSJ SL, 16 jun. 1989, rad. 2437, reiteradas en CSJ SL, 14 ag. 2012, rad. 37192).

Igualmente, en la sentencia CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 41423, la Sala concluyó que los pactos que sujetan el nacimiento de las comisiones por ventas al recaudo de los dineros, en vigencia de la relación laboral, son contrarios a los derechos mínimos del trabajador» (CSJSL1005-2021).

En ese sentido, es claro que no es de recibo la posición de la parte accionada, pues el demandante prestó de forma personal sus servicios, dando paso a las comisiones por ventas, independientemente de que el recaudo se haya efectuado con posterioridad a la finalización de la relación. Ahora bien, de la cláusula pactada en el contrato de trabajo, se deduce que el pago de la comisión por recaudo está supeditada a una condición, esto es que la empresa demandada recaude el valor de la venta, situación que debe ser debidamente acreditada, tal como se vio del precedente jurisprudencial aludido, carga que le corresponde a la parte actora por ser quien persigue el pago de las comisiones, de conformidad con el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CST y de la SS.

Para el efecto, esta Sala observa que brillan por su ausencia medios probatorios que den cuenta de que el recaudo fue obtenido, ni las planillas de Excel aportadas con el valor de las ventas efectuadas dan cuenta de ello, sin que se haya producido confesión en este sentido por el representante legal de la demandada, ni los

testigos declararon sobre ello, iterándose que no obra en el plenario documento alguno que acredite que la accionada recibió el valor de las ventas reclamadas por el demandante. De esta manera, es claro para la Corporación, que el pago de las comisiones por recaudo solicitadas por el accionante no está llamado a prosperar, razón por la que se revocará la decisión de primera instancia en ese sentido.

En gracia de discusión, debe decir la Sala que la suma liquidada por la A quo, por concepto de Comisiones por Recaudo, no corresponde al valor que debería, eventualmente, ser cancelado en caso de que la parte actora hubiese cumplido con la carga de la prueba que le asistía, pues una vez revisada la información contenida en las tablas denominadas Comisión por venta y recaudo-Medellín, de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2018 (fls. 41 a 43) se deduce que al sumar los valores obrantes en la casilla «Comisión asesor» (únicamente de las veintiún (21) facturas reclamadas por el demandante) el total de comisiones por venta y recaudo es de \$14.049.192, mientras que lo pagado por comisión de ventas es \$154.952; en consecuencia, las comisiones por recaudo ascenderían, eventualmente, según esa información a \$13.934.240, valor que sería distinto al señalado por la a quo. Pero en todo caso, como ya se explicó, ello corresponde a suposiciones de lo que eventualmente recaudaría la demandada, sin que obre prueba de ello y por tanto se reitera que debe revocarse la decisión.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Finalmente, la Sala debe resaltar que la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle los salarios y las prestaciones que le correspondían al término del contrato hay lugar a su imposición, en el caso contrario, se absolverá.

Sobre este puntual aspecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la CSJ SL12854-2016, CSJ SL4032-2017 y CSJ SL3288-2018, ha sido enfática en recordar *«que la [buena fe] equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos, lo cual está en*

contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud».

Igualmente, en sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39.186, reiterada en la SL11436-2016 y CSJ SL16572-2016, puntualizó:

«[...] la absolución de esta clase de sanción cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los mismos contratos, ni la condena de esta súplica pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia; habida consideración que en ambos casos se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada».

En sintonía con lo expuesto, bajo la lógica y la sana crítica, en el caso concreto se precisa la ausencia de buena fe en el actuar del empleador, por cuanto la realidad probatoria muestra que lo que quiso fue camuflar o mimetizar la verdadera naturaleza salarial de las Bonificaciones por Cumplimiento, conclusión fáctica que no se logra derrumbar con los diferentes medios probatorios aportados al plenario, por cuanto algunos de ellos solo dan cuenta de la exclusión salarial de tales emolumentos, pero conforme a las deducciones a las que se arribó con base en los diferentes elementos probatorios obrantes en el expediente, no puede predicarse buena fe por parte de la accionada, cuando precisamente acudiendo a modalidades contractuales difusas, buscó despojarse del marco obligacional que le acarreaba su condición patronal, para atribuirle la apariencia de no salarial a las aludidas bonificaciones.

Ahora bien, respecto del monto de la indemnización, se tiene que al haber encontrado que las Bonificaciones por Cumplimiento sí constituyen factor salarial, la remuneración mensual del demandante verificada aquí asciende a la misma suma liquidada por la A quo, esto es, \$15.052.500, siendo evidente que el salario diario es de \$501.750.

Por lo expuesto, se revocará parcialmente el ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido se absolver a la demandada del pago de las comisiones por recaudo de acuerdo a las razones antes expuestas. Se confirmará la decisión en lo demás. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

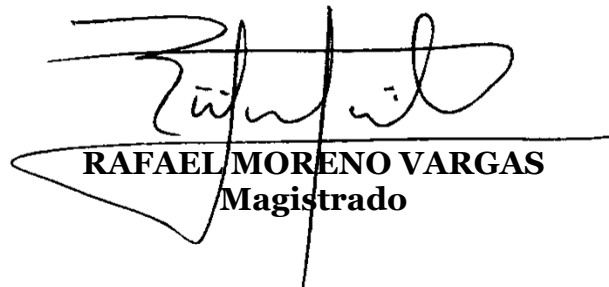
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada de pagar las comisiones por recaudo (\$15.301.417), en lo demás se mantiene incólume, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones que preceden.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANGELA MIREYA GUERRERO SALCEDO contra ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO. Rad. 110013105-017-2019-00789-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia emitida el 18 de agosto de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora **ANGELA MIREYA GUERRERO SALCEDO**, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia con la finalidad que se declare que la demandada **ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO** nunca pagó en legal forma las sumas generadas por incapacidades, como tampoco realizó los pagos a la seguridad social en el tiempo establecido. Se declare y condene al pagó por concepto de indemnización de 180 días por despido ilegal, incapacidades, prestaciones sociales: cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios desde el 01 de febrero de 2013 al 16 de mayo de 2018, así como la indemnización por la no consignación de las cesantías. Se condene al reintegro por haber sido despedida ilegalmente, pues se encontraba en estabilidad laboral reforzada, en consecuencia, se ordene a la accionada pagar los salarios dejados de percibir, cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios, vacaciones y seguridad SOCIAL, desde el 16 de mayo de 2018 hasta el momento que se ordene su reintegro. En caso de no proceder el reintegro, se declare y condene que, a la fecha de radicación de la demanda la accionada debe pagar las acreencias antes

mencionadas. Asimismo, se condene a la parte demandada al pago de las costas la indexación, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, el 01 de febrero de 2013, empezó a laborar en forma personal y subordinada al servicio de la señora ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO en calidad de propietaria del establecimiento de comercio GIMNASIO SOSIEGO. Informó que el contrato se realizó de forma verbal, por cuanto la relación laboral estaba regida por un contrato de profesores de establecimientos particulares de enseñanza, según lo expuesto en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social. Manifestó que le fue asignado el cargo de docente de danzas y monitor(a) de ruta, el cual debía desempeñar en forma personal y subordinada. Añadió que prestó su servicio en una jornada laboral de 5:00 am a 4:00 pm de lunes a viernes y sábados de 9 am a 1 pm, mencionó que, la remuneración se realizó con la suma mensual de un salario mínimo mensual legal vigente. Agregó que, el 31 de mayo de 2013 fue programada una salida con los maestros en Chinauta y estando bajo las órdenes de su empleadora, se cayó desde su propia altura, lo que ocasionó un accidente. Detalló que, al momento del accidente la señora ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO, en calidad de propietaria y rectora del GIMNASIO SOSIEGO, jamás reportó los accidentes de trabajo, puesto que no fue afiliada a la seguridad social en A.R.L. Adujo que, el 25 de julio de 2013 convocó a la demandada ante el Ministerio de Trabajo para llevar a cabo una audiencia de conciliación en aras de exigir la afiliación a su seguridad social y el tratamiento médico quirúrgico que debía practicarse, llegando a un acuerdo con el señor TULIO PACHON GOMEZ en calidad de apoderado de la señora ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO, mediante el cual se convino enviarla a la Junta Regional de Calificación de Invalidez y proceder con la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral. Aclaró que, el 17 de febrero de 2014, la empleadora la convocó ante el Ministerio de Trabajo para determinar su calificación de pérdida de capacidad laboral según la calificación emitida por la junta regional de calificación de invalidez. Aclaró que, el mismo día, en dicha diligencia ante el Ministerio de Trabajo, se informó que, la pérdida de capacidad laboral arrojó el 14.45%. Recalcó que la parte convocante manifestó que aceptó la propuesta de pago de la indemnización por perdida de capacidad laboral, autorizando el descuento del \$1.000.000 para un total de \$2.945.913. Recordó que, como resultado del accidente, se le determinó un diagnóstico de «Ruptura de Ligamento y Rotula hacia lado derecho», advirtiendo que el 05 de abril de 2014 se le practicó intervención quirúrgica bajo el indicativo de «Osteomia Tuberositaria Por Mal Lineamiento Patelo Femoral». Aseguró que, el 19 de febrero de 2016 se le practicó una nueva intervención quirúrgica, bajo el indicativo de «Realineamiento

Paletar Viscosuplementacion de rodilla derecha». Destacó que, desde el momento de su accidente se encuentra incapacitada debido a las intervenciones quirúrgicas y tratamientos posquirúrgicos, en periodos del 04 de marzo de 2015 al 16 de octubre de 2018. Explicó que, a la fecha, cuenta con incapacidades del 08 de octubre de 2018 y 16 de octubre 2018, anotó que, nunca le fueron pagadas en legal forma las sumas dinerarias que generaban las incapacidades. Informó que, el 15 de febrero de 2016 la empleadora le envió carta de despido con justa causa, en razón a ello, presentó acción de tutela a fin de hacer valer sus derechos laborales, correspondiéndole al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento, para lo cual, el 20 de abril de 2016 éste profirió sentencia de primera instancia, donde tuteló sus derechos fundamentales, y en consecuencia, ordenó a la INSTITUCIÓN EDUCATIVA GIMNASIO SOSIEGO, reintegrarla de manera transitoria a un cargo igual o mejor al que tenía antes de darse por terminado el contrato, así como al pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación laboral hasta el reintegro efectivo; se proceda a pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, sin solución de continuidad. Añadió que, la señora ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO se sustrajo de la obligación de dar cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento, por lo que instauró ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento, incidente de desacato con la finalidad de dar cumplimiento de la sentencia emitida con anterioridad, para lo cual, el 30 de junio de 2016, el Juzgado profirió decisión sancionando por incumplimiento del fallo de tutela y sancionando al presidente de COLPENSIONES. Mencionó que, el 04 de agosto de 2016, fue reintegrada, agregó que, el 16 de mayo de 2018, la señora ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO la despidió unilateralmente y sin justa causa, a pesar de encontrarse en tratamientos médicos. Expuso que, no se practicaron más exámenes médicos y tratamientos debido que no cuenta con el pago de seguridad social. Finalmente señaló que, a la fecha de radicación de la presente demanda laboral, la empleadora no ha pagado la indemnización por despido ilegal contemplado en el artículo 26 de la Ley 365, ni las incapacidades relacionadas, ni las prestaciones sociales en cesantías, interés de las cesantías, primas de servicios y vacaciones (fls. 108 a 129).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La señora **ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO** dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para al efecto que se está incurriendo en un yerro para apropiarse de situaciones, circunstancias y condiciones que no corresponden, indicando que el vínculo laboral no duró hasta el 16 de mayo de 2018 por determinación y

decisión de la demandante, precisando que cuando terminó el contrato de trabajo con el Colegio, en forma unilateral, desde el día en que debió de reinstalarse en el trabajo, en los meses de mayo, junio y parte de julio de 2016, periodos en los cuales se encontraba en perfectas condiciones de salud, sin incapacidad. Expresó que, por el simple hecho de presentarse un petitorio, si el mismo no corresponde a las exigencias legales y formales, como reales, carece de fundamento fáctico y legal. Añadió que, no se allegó prueba de que las EPS hayan cancelado dinero alguno a la demandada por concepto de incapacidades de la demandante para poder ser reclamadas porque el contrato de trabajo ya había terminado. Propuso como excepciones de mérito las de «Inexistencia del derecho demandando en este caso, como del interés jurídico para demandar de parte del demandante en este asunto a Alba Aceneth Peña Castillo, mayor de edad, vecina y residente en Bogotá D.C., identificada con la cedula Alba Aceneth Peña Castillo, en calidad de representante legal de Gimnasio Sosiego», «Cumplimiento del contrato y de las normas legales y contractuales por parte de la demandada», «prescripción adquisitiva a favor de la demandada y prescripción extintiva de los derechos del demandante», «No se ha acreditado el cumplimiento oportuno de las obligaciones de la parte demandante en este asunto para legitimar la exigencia frente a mi poderdante, en tratándose de contratos u obligaciones bilaterales», «inexistencia de derecho a re liquidar cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios y oros para la demandante en este proceso», «terminación del contrato por parte de la demandante», «prescripción adquisitiva a favor de la demandada», «Prescripción extintiva los derechos del demandante en este asunto conforme a ley», «cobro de lo no debido», «abuso del derecho de parte del demandante en este asunto», «enriquecimiento injusto», «incongruencia entre las pretensiones, los hechos y las pruebas de la demanda», «Inexistencia de estabilidad laboral reforzada para con la demandante o en su favor», «Terminación del contrato», «inexistencia de pago de incapacidades », e «Inexistencia de incapacidad los meses de mayo,, junio y parte de julio de dos mil dieciséis (2.016), fecha para la cual la demandante se encontraba en perfectas condiciones de salud, sin incapacidad, o sea un término de tres (3) meses, correspondiendo más exactamente al día 22 de abril de 2..016, pues estuvo en perfectas condiciones de salud hasta el veinte de julio de 2.016» (fls. 252 a 265).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 18 de agosto de 2021 absolvió a ALBA ACENETH PEÑA CASTILLO de todas las pretensiones incoadas por la demandante, declaró probada la excepción de

prescripción extintiva de la acción propuesta por la demandada en su contestación y fijó costas a cargo de la parte demandante.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, manifestó que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que le corresponde al demandante acreditar las circunstancias de discapacidad en cualquiera de los grados para que se active la presunción, y al empleador le incumbe demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva que decidió finalizar el vínculo, de acuerdo a los preceptos legales, asimismo adujo que la Alta Corporación ha manifestado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de capacidad laboral, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa, adujo que de acuerdo a esta línea se tiene establecido que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece el trabajador, porque ello depende de las limitaciones que este tenga para desempeñar la labor. Advirtió que, según lo anterior, le correspondía a la actora demostrar que al momento del despido se encontraba en condición de discapacidad relevante que le impidiera o dificultara en grado sustancial el desempeño de sus funciones y que el empleador conocía esta situación para que el despido se presuma discriminatorio. De este modo, adujo que de acuerdo al certificado de incapacidad de Colsubsidio, a la demandante le fue concedida incapacidad del 19 de febrero al 04 de marzo de 2016, por lo que, al momento de la terminación del contrato se encontraba incapacitada, así mismo, indicó que, de acuerdo a los certificados de incapacidad expedidos por Famisanar el 08 de mayo de 2018 y 18 de junio de 2018, se estableció que la demandante fue incapacitada desde el 04 de marzo de 2015 de manera sucesiva, presentando interrupciones del 21 de diciembre de 2014 al 21 de mayo de 2018, teniendo como origen dichas incapacidades en el diagnóstico de trastornos internos de la rodilla, el cual fue puesto en conocimiento de la Junta de Regional de calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, quien mediante dictamen determinó una pérdida de capacidad laboral del 14.45% de origen común, con estructura al 05 de agosto de 2013, mencionó que ello quedó en conocimiento del empleador, según Acta de Conciliación celebrada ante el Ministerio de Trabajo y en la Carta de terminación del contrato de trabajo. Añadió que Colpensiones en un nuevo dictamen para la valoración de pérdida de capacidad laboral ocupacional, determinó una pérdida de capacidad laboral del 25.69% por enfermedad de origen común, estructurada el 17 de mayo de 2016, señaló que todo ello permitía concluir que la demandante se

encontraba en una pérdida de capacidad laboral manifiesta para la fecha de terminación del contrato el 03 de marzo de 2016 y en proceso de recuperación de su estado de salud, pues para dicha fecha estaba dentro de una de las incapacidades medicas concedidas desde el 19 de febrero de 2016. Señaló que la pasiva fundamentó el despido argumentando que la causal invocada para la terminación del vínculo fue el numeral 15 del literal a. del art. 62 del C.S.T., en consecuencia, expresó que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en referencia, que la aplicación de dicha causal no puede ser ventajosa y automática con el fin de salir de manera pronta de la carga administrativa que supone mantener el contrato con un trabajador, afectado de salud de manera significativa, desconociendo otro tipo de soluciones, por lo que la medida debe ser revertida. Agregó que bajo esos presupuestos, los 180 días de incapacidad no fueron continuos y no se logró establecer que la empleadora haya utilizado de manera irreflexiva las herramientas que le permitieran tener en cuenta la situación de salud de la trabajadora, previo a hacer uso de la causal invocada, por lo que la medida asumida resultó discriminatoria con fundamento en el estado de discapacidad de la demandante, por lo que en principio, procedería el reintegro solicitado, sin embargo, concluyó que operó el termino prescriptivo de la acción, al haber transcurrido un término superior a tres años, desde la finalización de la relación laboral, el 03 de marzo de 2016 y la interposición de la acción tutela, la cual fue resuelta mediante Sentencia del 20 de abril de 2016, y a su vez de la interposición de la demanda el 18 de octubre de 2019, explicó que, no hay lugar a la sanción del art. 26 la Ley 361 de 1997, ni a las demás acreencias laborales solicitadas, teniendo en cuenta que las mismas se derivan de la efectividad del reintegro y el termino para ejercer la acción, que reiteró, se halló prescrito.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda, manifestó para tal efecto que se reconoce que hubo un despido ineficaz e ilegal, resaltó que bajo las incapacidades y la calificación de pérdida de capacidad laboral, la accionante se encontraba en estabilidad laboral reforzada, sin embargo, la accionada decidió terminar el vínculo laboral en el año 2016, no obstante, la accionante presentó acción de tutela, la cual ordenó su reintegro, pero se tuvo que llegar al incidente de desacato para el cumplimiento de la misma, empero, al momento de reintegro pasaron dos años en los cuales se mantiene la relación de trabajo sin una reubicación laboral y lapso en el cual la demandante estuvo todo el tiempo incapacitada, así entonces, precisó que la fecha de prescripción se debe empezar a contar a partir del año 2018, fecha en la cual

terminó el vínculo laboral, teniendo en cuenta que, el ultimo aporte se realizó hasta el año 2018, además, expuso que la demanda fue interpuesta a finales del 2019, por lo que el fenómeno de la prescripción no operó. Aunado a ello, expresó que el Despacho no resolvió respecto del pago de prestaciones sociales solicitadas en la demanda, finalmente, consideró que se encontró plenamente probada la pérdida de capacidad laboral con ocasión del accidente de trabajo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si operó o no el fenómeno de la prescripción respecto de los derechos solicitados en la demanda, de ser negativa la conclusión, se revisará si hay lugar a las declaraciones y condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 10 de febrero de 2013 y el 15 de febrero de 2016, el cargo de docente y el salario devengado, según lo admiten las partes tanto en la demanda como en la contestación a la misma y que no fueron objeto de discusión, incluso así fue plasmado en las consideraciones de la a quo, de ahí que no se realizará manifestación alguna al respecto.

Para resolver el problema jurídico planteado, se habrá de remitir esta Sala de Decisión a lo dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 CPTSS que sobre el término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, indican que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, término que, en este caso, comienza desde que el trabajador dejó de prestar servicios y el empleador supuestamente no le canceló la acreencia, hasta el momento en que posteriormente se la reclama. Además, con arreglo a lo dispuesto en lo pertinente del artículo 94 del CGP, la

presentación de la demanda interrumpe la prescripción e impide que ella se produzca, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique el demandado dentro un (1) año siguiente a la notificación del demandante de tales providencias.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado en repetidas oportunidades que el término de prescripción de las acciones sociales debe comenzar a contarse desde que la respectiva obligación se *hace exigible*, además de que «...la exigibilidad de las obligaciones se predica desde cuando estando sometidas a plazo o condición, acaece aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples» (CSJ SL3169-2014 y CSJ SL4358-2018).

De igual modo, tal como lo ha precisado el Alto Tribunal no debe confundirse «la existencia de un derecho u obligación con su exigibilidad, que es el parámetro para el cómputo de la prescripción y que, como ya se dijo, la Corte ha identificado con la posibilidad de reclamarla, hacerla efectiva o ejecutable, «...sin necesidad de advenimiento de hecho alguno, pues cuenta con la característica de ser pura y simple; o porque estando sometida a plazo o condición, se ha producido el fenecimiento de aquél o el cumplimiento de ésta» (CSJ SL4222-2017, CSJ SL219-2018 y SL2605-2020).

También ha establecido la jurisprudencia laboral que lo que castiga la prescripción es la inactividad o apatía del interesado en el ejercicio de sus derechos o en la ejecución de sus obligaciones, de manera que por más que el derecho o la obligación sea cierta y actual, puede ser materia de extinción, por ministerio de la ley, dada la falta de interés de su titular en su efectividad o cumplimiento, a través de la prescripción. En ese sentido, no es posible mantener un derecho en la eterna indefinición, simplemente porque se considere *actual o cierto* (CSJ SL2605-2020).

Para determinar la fecha de contabilización del término de prescripción para el caso de un reintegro como el que nos ocupa, esto es, donde se ordena el mismo de manera transitoria, la Sala de Casación Laboral en la ya citada sentencia CSJ SL2605-2020 recordó:

*«En ese orden de ideas, no se requieren mayores reflexiones para determinar que la declaratoria de ineficacia o ilicitud de un despido, con fundamento en una sentencia de tutela y con la precisa finalidad de obtener el reintegro o reinstalación, **comienza a ser exigible para el interesado desde cuando se da el reintegro mismo**, como lo determinó el Tribunal, **de manera que al no ser ejercida la acción***

correspondiente dentro del término trienal establecido legalmente, se produce efectivamente la prescripción.

Así lo ha establecido esta corporación en anteriores oportunidades en las que ha dicho:

*Resulta pertinente la anterior precisión, por cuanto alega el recurrente que la prescripción de los derechos laborales no opera cuando se trata de prestaciones periódicas como las pensiones y **el derecho a la reinstalación que se basa en la ineficacia del despido**. Sin embargo, el reintegro al cargo en sí mismo considerado prescribe según la regla general de las leyes sociales, que disponen, sin exclusión alguna, que los derechos prescriben, por regla general, en tres años, de manera que, **con independencia del fundamento que se haga valer para sostener que el despido es ilegal, incluyendo en ese fundamento la ineficacia o la nulidad de la desvinculación, el derecho al reintegro que se invoque como consecuencia de esa ineficacia está condicionado, para su reconocimiento judicial, al término extintivo que la ley determine.***

Si las leyes sobre prescripción o la naturaleza de la pretensión no permiten excluir de los efectos extintivos al reintegro, nada puede decir en contrario el intérprete. CSJ SL, 29 nov. 2005, rad. 25376. (Resalta la Sala).

Así las cosas, el Tribunal no pudo haber incurrido en error alguno, al adoptar la fecha del reintegro de la demandada, como referente para el cómputo del término de la prescripción».

De igual modo, resulta de especial relevancia lo preceptuado por el artículo 489 del CST, que sobre el tema de la interrupción de prescripción reza:

«ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. *El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción **por una sola vez**, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente».*

Sobre este particular, la Sala de Casación Laboral ha estimado que con la presentación de una acción de tutela se agota dicho mecanismo, «lo que entraña consecuencias tales como los derechos económicos que se puedan derivar de la reincorporación en el empleo, que a juicio de la Sala interrumpe la prescripción por una sola vez y un lapso igual, en los términos de la citada disposición adjetiva [...] De suerte que, siendo la acción de reintegro junto a sus salarios y prestaciones anexos, susceptibles de extinguirse por prescripción, sucede que en el sub-lite fue interrumpida aquella, con la reclamación elevada a través de la acción de tutela» (CSJ rad. 28780 del 20 jun. 2007).

Así las cosas, descendiendo al caso de marras se tiene que el despido se produjo el 15 de febrero de 2016 y mediante sentencia del 20 de abril de 2016 el Juzgado

Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento en sede de tutela, ordenó a la accionada el reintegro «*de manera transitoria a la señora ÁNGELA MIREYA GUERRERO SALCEDO*» y «*por ende, la Accionante tendrá cuatro (4) meses a partir de la ejecutoria de este fallo para acceder a la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Se advierte a la Accionante que en caso de no proceder a ello dentro del término aquí señalado cesarán los efectos del amparo constitucional, sin perjuicio de la decisión que adopte el Juez Ordinario, que será de obligatorio cumplimiento para las partes*» (fls. 89 a 93).

Ante el incumplimiento de la orden de tutela, se inició incidente de desacato que culminó con la sanción a la accionada por no atender la orden (fls. 94 a 96). Así las cosas, es claro que con ese trámite quedó interrumpida la prescripción y tomando, siendo laxos, el término de 4 meses que le otorgó el Juez Constitucional a la accionante para presentar la demanda ordinaria laboral más los dos días para el cumplimiento de la orden tutelar, se tiene que el plazo de accionar judicialmente culminó el 22 de agosto de 2016, por lo que es claro que en el presente asunto operan los efectos nocivos del fenómeno prescriptivo establecidos en el artículo 488 y 151 de la norma sustantiva y adjetiva laboral, toda vez que al estar demostrado que el contrato de trabajo terminó el día 15 de febrero de 2016 y que la reclamación se agotó el 22 de agosto de 2016, la demandante contaba hasta el mismo día y mes pero del año 2019 para presentar la demanda, sin embargo, y como se avizora en el acta individual de reparto, el escrito de demanda se radicó el día 08 de noviembre de 2019 (Fl. 130), es decir, 3 años, 02 meses y 17 días después, razón por la cual, es claro que debía declararse probada la excepción de prescripción y por ende, absolverse a la demandada de las súplicas de la demanda, tal y como lo efectuó la juez a quo, sin que el hecho de que la empleadora en cumplimiento de aquella sentencia de tutela al haber seguido efectuando los aportes a pensión hasta el año 2018, haya interrumpido el fenómeno prescriptivo, puesto que incluso si se hubiere reintegrado con motivo de la tutela todo este tiempo, la exigibilidad del mismo como ya se explicó, dependía de la fecha en que se reclamó el derecho en este caso por la vía de la tutela y con lo cual quedó interrumpida la prescripción por una sola vez.

Corolario de lo anterior, como la aplicación de la prescripción responde a la garantía de la seguridad jurídica de las obligaciones y que éstas no se tornen indefinidas en el tiempo, puesto que con su aplicación se pone fin a la incertidumbre de los derechos y permite concluir el abandono de los mismos por parte de su titular, situación que aconteció en el presente asunto, puesto que si bien por orden de tutela se ordenó un reintegro transitorio en el año 2016, la demanda ordinaria laboral sólo vino a ser elevada ante la entidad el 08 de

noviembre de 2019, por lo que se itera, resulta dable dar aplicación al fenómeno extintivo de la prescripción, pues la parte actora dejó pasar más de tres (03) años para ejercer la reclamación del derecho. En ese sentido, por sustracción de materia, no hay lugar a verificar los derechos que reclama la parte actora, de modo que se confirmará la decisión de primera instancia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

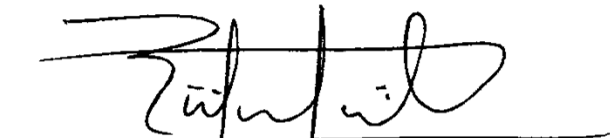
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de JOSE ISRAEL VIVAS CARVAJAL
contra COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN
LIQUIDACION Y AVIANCA S.A. Rad. 11001 31 05 010 2018 00406 01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 6 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JOSE ISRAEL VIVAS CARVAJAL**, por intermedio de apoderado judicial presentó demanda ordinaria laboral, mediante la cual solicitó declarar que la vinculación realizada a través de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, comprendida entre el 12 de febrero del año 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2017, corresponde realmente a un vínculo laboral con la compañía AVIANCA S.A.; se declare que la terminación de la relación laboral entre el demandante y la cooperativa, carece de toda validez jurídica en virtud de la protección especial de qué trata el inciso 2 de la Ley 361 de 1997; se declaró que no existió solución de continuidad en la relación laboral desarrollada al servicio de la demanda; se declare que le asiste derecho al reintegro definitivo al cargo que venía desempeñando con

anterioridad a su retiro o a uno de igual o superior condición a la que venía desempeñando. De manera subsidiaria, solicitó se declare que la vinculación realizada a través de SERVICOPAVA para desarrollar sus servicios personales en la compañía AVIANCA S.A., corresponde en realidad a un contrato de trabajo desarrollado para esta última; se declaró que no existió una justa causa por la cual se dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó se condene a las demandadas a reintegrarlo al mismo cargo que venía desempeñando en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; se condene a las demandadas a pagarle por motivo del despido, la indemnización correspondiente a 180 días de salario de la Ley 361 de 1997; se les condene al pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a Seguridad Social, beneficios extralegales y demás rubros dejados de percibir como ocasión a su desvinculación; secundaria el pago de bonificación especial, prima de vacaciones, prima de Navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para la salud, auxilio de alimentación, emolumentos que reconoce y paga AVIANCA S.A., a sus trabajadores sindicalizados. Igualmente, se condene las demandas al pago de reliquidación de vacaciones, vacaciones que no fueron pagadas, intereses a las cesantías, aportes a Seguridad Social conforme a la base real de su salario, cesantía de toda la relación laboral, sanción por no consignación de las cesantías, cuantificación de los beneficios extralegales otorgados en especie, sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, indemnización plena de perjuicios causados por culpa patronal derivados de accidentes de trabajo, cuota de afiliación a la cooperativa, cuota de administración, indexación de las sumas, intereses moratorios, lo ultra y extra petita, más los gastos procesales y agencias en derecho.

Como pretensiones condenatorias subsidiarias, pidió se condene a las demandadas al pago de indemnización moratoria de qué trata el artículo 65 del CST, indemnización por despido injustificado, así como de bonificación especial, prima de vacaciones, prima de Navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para la salud, auxilio de alimentación, emolumentos que reconoce y paga AVIANCA S.A., a sus trabajadores sindicalizados; se condene las demandas al pago de reliquidación de vacaciones, vacaciones que no fueron pagadas, intereses a las cesantías, aportes a Seguridad Social conforme a la base real de su salario, cesantía de toda la relación laboral, sanción por no consignación de las cesantías, cuantificación de los beneficios extralegales otorgados en especie, sanción por el no pago

de los intereses a las cesantías, la liquidación de las prestaciones sociales y aportes a Seguridad Social no pagados conforme a la base real, cuota de afiliación a la cooperativa, cuota de administración, indexación de las sumas, intereses moratorios, lo ultra y extra petita, más los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que fue vinculado a través de convenio de asociación a término indefinido con SERVICOPAVA S.A. , desde el 12 de febrero del año 2013, funciones en favor de AVIANCA S.A., en el cargo AUXILIAR DE ASISTENCIA EN TIERRA hoy denominado AGENTE DE OPERACIONES TERRESTRES; que su asignación salarial correspondía a la suma de QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS PESOS (\$566.700) más un auxilio de transporte de SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$67.800), salario que se encontraba enmarcado en un régimen de compensaciones diseñado por SERVICOPAVA; que prestaba sus servicios en las instalaciones del Aeropuerto El Dorado, destinados al desarrollo de operaciones de transporte aéreo de AVIANCA S.A., en sus aviones, con sus equipos de asistencia en tierra, bajo los horarios y turnos definidos por esta empresa utilizando uniformes y distintivos y además identificado con carnet como trabajador de AVIANCA S.A. Que utilizaba rutas de transporte desde su domicilio hasta las instalaciones del aeropuerto, para el desarrollo de las labores propias de AVIANCA S.A.; que tenía acceso y derecho a utilizar los tiquetes nacionales e internacionales que brindaba AVIANCA S.A., trabajadores de planta; que igualmente, tenía acceso a alimentación y refrigerio que brindaba esta demandada en las instalaciones del aeropuerto, así como seguro médico, seguro de vida, entre otros. Que el 27 de noviembre de 2017, la demandada SERVICOPAVA, dio por terminado el contrato de trabajo asociativo a partir del 30 de noviembre 2017. Adujo que, las demandas no suministraron los elementos de protección personal, que no brindaron de manera adecuada las capacitaciones especiales para el manejo de cargas, y otros derivados de la actividad; que debía desarrollar sus labores a más de 1 metro de altura del piso, más no le brindaron capacitación. Que en desarrollo de las actividades y conforme al historial médico, sufrió accidente de trabajo el 25 de agosto de 2016, el cual afectó gravemente su hombro derecho; por lo anterior, en el mes de julio de 2018, se le expidió una orden de diagnóstico previo a la identificación de la patología donde encontraron allá sus como TENDINOPATÍA DEL SUPRAESPINOSO, con lo cual fue despedida incapacidad inicial, restricciones laborales y medicación manteniéndose las mismas hasta el año 2016. Que las demandadas finalizaron su contrato de trabajo, debido a las limitaciones físicas, por las cuales también fue objeto de discriminación y maltrato psicológico, al no contar con la capacidad suficiente para realizar las labores

encomendadas. Agregó que en ocasión a la huelga de pilotos de Avianca en el mes de septiembre de 2017, se impartió la orden directa a Servicopava para el retiro del servicio activo y exclusivamente a aquellos trabajadores de asistencia en tierra que tuvieran restricciones, recomendaciones laborales, reubicaciones laborales y en general problemas de salud, donde el 15 de septiembre de 2017, emitió para un grupo de asociados de Servicopava, una carta en la que se les informó la suspensión transitoria de funciones unilateralmente y sin que mediara justificación alguna, suspendió labores de este personal asumiendo el compromiso de mantener vigente su contrato.

Por lo tanto, junto con la terminación laboral, se adelantaron las medidas de su desvinculación con la orden de retiro de la autorización de ingreso a su sitio de labor a partir del 15 de septiembre de 2017, donde no podía ingresar al aeropuerto, además de ello, supuestamente la desvinculación era transitoria y lo cierto es que la empresa no volvió a programar sus labores y solamente por información telefónica se les comunicó que no volverían a trabajar y que por lo tanto deberían renunciar a la cooperativa; que a partir del 15 de septiembre se le suprimieron todos los beneficios como trabajador. Añadió que, con ocasión de la suspensión provisional de funciones, se le mermaron sus ingresos ya que su salario lo conformaban de manera principal los pagos de las labores extra jornada que realizaba. Expresó que ante la decisión de impedir su ingreso a las instalaciones de aeropuerto formuló derecho de petición a la empresa OPAIN para que se le informara en qué fecha fue tomada la decisión, si la medida es provisional y se le emitiera copia de las ordenes que fueron generadas para impedir su ingreso al aeropuerto, ante lo cual obtuvo respuesta el 23 de octubre de 2017 con oficio 20172300094861. Informó que radicó ante Avianca una solicitud especial de espacio de dialogo con la intención de aclarar las circunstancias y de poner presente las irregularidades contractuales, como las presiones realizadas para buscar su desvinculación, sin embargo, a dicha comunicación solo dio respuesta Avianca en el cual se manifestó la imposibilidad de atender la petición toda vez que no se encontraba vinculado como trabajador y por su parte. Adujo que a los trabajadores que tenían discapacidades laborales, dado que sus problemas de salud no eran útiles en su nuevo esquema de contratación, así como los que se opusieron para suscribir las renunciaciones, fueron invitados a un plan de retiro el 24 de octubre de 2017 por Servicopava a una reunión especial que se desarrolló en grupos de 30 donde fueron atendidos por la firma “Lee Hetch Harrison Colombia” sin la presencia de ningún funcionario de Servicopava en la que se conminó al accionante a la terminación del vínculo laboral aduciendo que ante la finalización de las funciones, ellos como especialistas los orientarían en la búsqueda de nuevas oportunidades laborales y/o foros donde se les capacitaría sobre

como invertir los recursos que le entregaban si se suscribía la terminación del contrato. Agregó que fue citado nuevamente el 30 de octubre de 2017 para socializar una oferta laboral con la empresa SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S. que estaba condicionado a Servicopava cuya oferta desmejoró sus condiciones laborales. Añadió que Servicopava mediante comunicación enviada el 25 de noviembre de 2017 puso en conocimiento la resolución N° 853 que notifica su desvinculación laboral. Manifestó que en ningún momento Servicopava le brindó la posibilidad de reubicación y/o formalización laboral. Agregó que, esta terminación unilateral no comporta las justas causas legalmente establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo, pues ante la imposibilidad de la labor, se deberá solicitar el permiso para realizar los despidos y más si se cuenta con una discapacidad moderada y que al momento de su despido no contaba con ella ya que en virtud de su estabilidad laboral reforzada estaba protegido y era de conocimiento de la cooperativa.

Finalmente, manifestó que interpuso acción de tutela, que la conoció el Juzgado Sexto Civil Municipal de Descongestión de Bogotá que, en primera instancia, mediante fallo de 1 de marzo de 2018, negó el amparo, decisión que fue impugnada y puesta en conocimiento por competencia en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá que mediante fallo de fecha 18 de abril de 2018, confirmó la decisión del A quo. (Expediente Digital 05. ExpedienteDigital 2018-406 Págs. 126 a 147.)

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. “AVIANCA S.A.”** contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones; para ello argumentó que nunca existió un contrato de trabajo alguno con el demandante, que no prestó sus servicios y tampoco estuvo subordinado ni recibió remuneración alguna por parte de ella. Adujo que en las pruebas se ve que el accionante fue cooperado de un tercero que prestó sus servicios. Que tuvo relación comercial con Servicopava amparada no solo en las normas legales sino constitucionales y axiológicas que fundan el estado social de derecho. Argumentó que el accionante no tenía contrato de trabajo ni pérdida de capacidad laboral el 30 de noviembre de 2017 y que tampoco estaba invalido, añadió que al momento de la presente acción ni siquiera tenía calificación de capacidad laboral. Propuso las excepciones de: «inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones», «prescripción», «ausencia de relación laboral», «ausencia de prestación de servicios», «inexistencia de subordinación», «inexistencia de las obligaciones», «cobro de lo no debido», «libertad de empresa», «buena fe», «compensación», «inexistencia de las obligaciones», «indebida aplicación de las normas legales»,

«actividad no misional», «enriquecimiento ilícito», «ausencia de estabilidad laboral reforzada», «no existencia de pérdida de capacidad laboral», «no naturaleza salarial de los pagos realizados al actor», «ausencia de culpa en enfermedad o accidente del actor», «no causalidad entre perjuicios y hechos u omisiones», «falta de prueba» y «genérica». (Expediente Digital 05. ExpedienteDigital 2018-406 Págs. 195 a 221.)

Por su parte, la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACION**, dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que nunca ha existido relación laboral y mucho menos un contrato de trabajo escrito a término indefinido, aceptó que si existió un acuerdo cooperativo de trabajo asociado aceptado y firmado por ambas partes del 12 de febrero de 2013. Arguyó que dicho convenio de asociación se terminó mediante resolución de retiro, obedeciendo a una causal objetiva, debido a la finalización de la oferta mercantil suscrita con la empresa cliente que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2017 y la imposibilidad de reubicación a otro cargo al interior de la cooperativa. Expresó que el actor nunca tuvo la calidad de trabajador en ejecución de un contrato de trabajo, sino que su vinculación fue en condición de trabajador asociado, mencionando que el actor presentó solicitudes de afiliación el 12 de febrero de 2013 en las que indicaba la solicitud de manera voluntaria su vinculación como asociado a Servicopava. Indicó que los trabajadores asociados vinculados a las cooperativas de trabajo asociado nunca adquieren la condición de trabajadores, toda vez que en las cooperativas no existe relación vertical sino horizontal, donde todos los asociados a una cooperativa son dueños y a su vez socios de la misma, es decir, no existe la doble condición de trabajadores y empleadores, requisito propio de un contrato de trabajo, además de ello, evidenció que la terminación del acuerdo cooperativo de trabajo asociado no se realizó por algún tipo de discriminación a su fuero de salud, como quiera que los retiros de labores asociadas al accionante obedecieron a una causal objetiva. Propuso como excepciones de mérito las de «cobro de lo no debido», «compensación», «inexistencia de la obligación», «buena fe», «pago parcial y total», «inexistencia de contrato de trabajo», «prescripción» y «genérica». (Expediente Digital 05. ExpedienteDigital 2018-406 Págs. 346 a 394.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el día 6 de agosto de 2021, declaró no probado el incidente de tacha sobre los testimonios de Meryein Amado Orozco y Manuel de Jesús Camargo Jiménez. Declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada AVIANCA S.A. denominadas ausencia de

relación laboral, ausencia de prestación de servicios, inexistencia de subordinación, inexistencia de las obligaciones que se demandan, y declaró a favor de SERVICOPAVA la denominada inexistencia de las obligaciones reclamadas; en consecuencia, las absolvió de todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias propuestas por el accionante. Condenó en costas al accionante a favor de las accionadas incluyendo como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que de acuerdo a los criterios normativos y jurisprudenciales, el accionante cumplió con un contrato de trabajador asociado y fue enviado a prestar sus servicios a AVIANCA S.A., por lo que consideró que este no logró demostrar que existió relación laboral con AVIANCA y que SERVICOPAVA ejecutó una intermediación laboral ilegal. Señaló que no operó en favor del demandante la presunción que establece el artículo 24 del CST, a fin de presumir la existencia del contrato, pues se encontró ante una situación que no se ajustó a este artículo dado que existió una situación especial, y es que está de por medio la existencia de un contrato como trabajador asociado con una cooperativa y por ende se hacía necesaria la demostración de que efectivamente existían los elementos del contrato. Adujo que, de conformidad con las pruebas aportadas, encontró una solicitud del 12 de febrero de 2013, mediante la cual el actor solicitó asociación a SERVICOPAVA S.A., y en ella específicamente señaló que solicitaba voluntariamente su ingreso como asociado a la cooperativa, comprometiéndose a cumplir con los estatutos de acuerdo a cooperativas de trabajo asociado, de lo cual señaló que se desprende que el accionante se vincula como trabajador asociado y otorga sus aportes para la prestación del servicio en forma autogestionaria de acuerdo con las actitudes, capacidades acatando las regulaciones establecidas por la administración. Adicionalmente, en virtud de la existencia del objeto social de la cooperativa, advirtió que se realizó oferta mercantil donde se establece en el objeto, la venta de los servicios de apoyos técnicos, administrativos y operativos a través de la asignación de asociados del oferente a lo que se considere necesario de los procesos descritos y los servicios de apoyo a las aerolíneas. Constató que al accionante se le realizaron los pagos correspondientes por SERVICOPAVA, como trabajador asociado y que recibió los beneficios establecidos en el régimen de compensaciones, donde se observa que recibió aparte de las normales compensaciones como pago de rendimientos de compensación, rendimientos de auxilio anual, educativos durante todos los años, beneficios de bienestar, navidad e incluso beneficio adicional de auxilio de transporte, todo esto regulado por la cooperativa. Concluyó que entre el accionante y AVIANCA no hubo relación de trabajo subordinado ya que la prestación de servicio de operaciones en tierra se dio en virtud a ese contrato surgido de la compra de servicios de la oferta

mercantil emitida por parte de SERVICOPAVA el 5 de febrero de 2009 de quien tenía la calidad de trabajador asociado José Vivas (Expediente Digital: 17AudienciaSentencia06-09-21.)

APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del demandante presentó recurso de apelación, para que se analicen los aspectos objeto de demanda que han sido invocados, se despachen favorablemente las pretensiones, fundamentado en que conforme lo ha establecido el despacho de primera instancia, la problemática inicial radica en la estructuración del denominado contrato realidad, la cual evidentemente no comporta la legalidad de la tercerización, pues consideró que el Despacho evaluó el contrato de manera superficial, pues la asistencia en tierra es propia de los servicios que ofrece AVIANCA S.A., por lo tanto la misionalidad de esta fue tercerizada; lo anterior, lo consideró probado dado que el actor contaba con los logos de AVIANCA, los uniformes, los carnets, y se cobijaba de los beneficios de la misma como alimentación; explicó que las personas que trabajan en asistencia en tierra se encargan de muchos aspectos y que ellos tienen una labor importante para el análisis de peso y balance porque los trabajadores no solo cumplen labores primarias sino labores desarrolladas para la responsabilidad de un trabajador de esta categoría. Solicitó tener en cuenta la ilegalidad que presenta la tercerización de las labores de la cooperativa de trabajo asociado colocando de presente que dentro de los marcos estructurales o analíticos de la CSJ, si bien es cierto, las cooperativas de trabajo asociado cuentan con una facultad de desarrollar procesos de algunas de las empresas, lo deben circunscribir a aspectos como la independencia financiera. Igualmente solicitó tener en cuenta frente al carácter misional de Avianca, donde el despacho mencionó que Avianca y su objeto social es el transporte aéreo de pasajeros y que en segunda instancia es el de mercancías donde no es cierto ni documentalmente ni en la cámara de comercio se establece. Finalmente, solicitó analizar el aspecto de contrato realidad, aplicación del PBB y reliquidación de los beneficios planteados en cooperativa tales como la sanción y los aspectos de cesantía dejando de lado la culpa patronal y reintegro que por virtud de prueba no fueron favorables.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio y no presentaron alegatos de conclusión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si entre el señor JOSÉ ISRAEL VIVAS CARVAJAL y la demandada AVIANCA S.A. existió un contrato realidad de trabajo y, eventualmente, si este se ejecutó con intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA, en liquidación. Verificado lo anterior y en caso afirmativo, analizar la procedencia de las condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Para desanudar el problema jurídico planteado, es preciso señalar que de acuerdo con la jurisprudencia laboral que se ha adoctrinado en torno a las Cooperativas de Trabajo Asociado, se concluye sin asomo de duda, que en aquellos casos donde el trabajador presta sus servicios para beneficiar a un tercero quien además de utilizar como vehículo intermediario a una Cooperativa de Trabajo Asociado, ejerce sobre el asociado la subordinación característica de una relación laboral, por regla general, éste último quien se encuentra sujeto a dicha subordinación será considerado como trabajador del beneficiario del servicio; en este punto, cabe destacar que hasta antes del año 2006 no existía disposición legal expresa que así lo indicara, pero con la expedición del Decreto 4588 del mentado año, dicho vacío legislativo fue subsanado, y en su artículo 16 expresamente se adoptó el referido postulado que hasta el momento sólo había sido acogido vía jurisprudencial, y estatuyó que ante la desnaturalización del objeto del trabajo asociado, el trabajador cooperado se considerará como empleado dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie del servicio, y en el artículo 17 se previó que el ente cooperado será responsable solidario de las acreencias laborales que se pudieran generar de la anterior premisa.

Bajo este orden, entonces, el razonamiento plasmado en la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la academia fue consignado en el citado Decreto, como respuesta a la desnaturalización del objeto y finalidad de las cooperativas de trabajo asociado ya que las mismas comenzaron a ser utilizadas tanto por el sector público y privado en la mayoría de los eventos, como canales para restarle garantías laborales a los trabajadores y como forma de evadir los pagos al sistema de seguridad social, y por otra parte, con la clara intención de materializar la tipificación de una conducta generalizada por los empleadores quienes hacían uso de las Cooperativas de Trabajo Asociado con la única intención de conseguir mano de obra a un costo ostensiblemente menor.

En el cauce de este avance legislativo, se expidió la Ley 1233 de 2008, que en su art. 7º estableció las siguientes prohibiciones a la Cooperativas de Trabajo Asociado:

1. No pueden las Cooperativas de Trabajo Asociado, disponer de la mano de obra de sus asociados para ofrecerlos como empleados en misión a terceros contratantes, menos aún, cuando estos terceros beneficiarios **intervengan en la selección del trabajador asociado.**

2. *«Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos».*

3. La potestad subordinante propia de un empleador, que se materializa por excelencia en la autoridad disciplinante sobre el trabajador, en ningún caso puede ser ejercida por el tercero contratante. Cabe destacar, que desde el Decreto 4588 de 2006, ya se había estipulado la prohibición consistente en remitir a los trabajadores asociados en misión para que estos atendieran las labores propias del usuario beneficiario, y permitir que sobre ellos se ejercieran actos de subordinación o de dependencia con los terceros contratantes.

De igual forma, se estableció en la citada normatividad las consecuencias jurídicas de hallarse comprobadas las citadas prácticas de intermediación laboral, o actividades que son permitidas exclusivamente a las Empresas de Servicios Temporales, siendo las siguientes: (i) la responsabilidad solidaria entre la CTA infractora y el tercero contratante beneficiario de la prestación del servicio en el pago de las obligaciones que se deriven; (ii) disolución y cancelación de la persona jurídica respectiva CTA, previo el trámite que respeto el debido proceso; (iii) en el caso de la tercera prohibición, se configura automáticamente la existencia de un contrato de trabajo realidad, siendo el tercero contratante quien deba soportar las consecuencias legales. A esta última consecuencia, cabe agregar que desde la expedición del Decreto 4588 de 2006, en su artículo 16, se había establecido que en caso que el asociado fuera enviado como trabajador dependiente de una persona natural o jurídica, esta última se consideraría su verdadero empleador.

Siguiendo en el esfuerzo legislativo de evitar que estos entes Cooperados ejerzan intermediación laboral, se promulgó la Ley 1429 de 2010, que en su art. 63, de manera

expresa proscribió a la Cooperativas de Trabajo Asociado, implementar el suministro de trabajadores a empresas ya sean pública o privadas, para que estos ejerzan actividades de carácter permanente en aquellos. A este respecto, la citada disposición reza:

*«El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes **no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación** que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes».*

Posteriormente, se expidió el Decreto 2025 de 2011, por medio del cual se reglamentó la citada disposición, aclarando que se debía entender por intermediación laboral, cualquier forma o vinculación que tenga por objeto el envío de trabajadores en misión a prestar sus servicios personales a otras empresas o instituciones, precisándose que este tipo de actividad solo se encuentra legalmente permitida para las Empresas de Servicios Temporales, en virtud de la Ley 50 de 1990, y se concretó y se concretó en su artículo 1º, el cual no fue objeto anulación por parte del Consejo de Estado que se considerará como actividad misional permanente, *«aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa».*

Estudiadas las normas aplicables al caso en concreto, es dable concluir que no pueden las Cooperativas de Trabajo Asociado enviar trabajadoras a prestar sus servicios a favor de un contratante bajo su subordinación y dependencia, cuando tenga por objeto una actividad misional permanente, esto es, para desarrollar un servicio o producir un bien que hace parte del objeto permanente de la empresa, pues ésta prohibición ha estado medularmente contemplada desde la expedición del Decreto 4588 de 2006.

Marco Jurisprudencial del contrato realidad por intermediación laboral de Cooperativas de Trabajo Asociado:

En completa consonancia con las normas que regulan la prohibición de intermediación laboral por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado, el máximo órgano de cierre de esta especialidad, ha entendido que se considera ficticio un vínculo Cooperativo cuando de entrada estos entes suscriben sendos contratos que tienen por objeto el *«suministro de personal»*, pues es pacífica la legislación y la doctrina, en cuanto esta actividad corresponde de manera exclusiva a las Empresas de Servicios Temporales,

pues dicha actividad consistente en suministrar personal, de por sí ya implica intermediación laboral, práctica que sólo pueden ejercer aquellas empresas legalmente autorizadas, la cual, no tiene nada que ver con el objeto legalmente asignado a las Cooperativas de Trabajo Asociado, desde la entrada en vigencia de la Ley 79 de 1988, según la cual, estos entes cooperados se concibieron con el fin de procurar la producción de bienes, la ejecución de obras o prestación de servicios, en forma autogestionaria. Sus miembros se denominan asociados o cooperados, que no son trabajadores en el significado de la legislación laboral, por lo que no tienen derecho a salario, ni prestaciones sociales, sino que reciben compensaciones por la labor desempeñada.

También ha sostenido la mentada Corporación, en entre otras sentencias, la proferida el día 25 de septiembre de 2013, rad 36560, que no sólo es reprochable el objeto del lazo contractual con terceros beneficiarios sobre el suministro de personal, sino, además, cuando estos tienen un plazo de duración indefinido, pues de allí se infiere que se requiere del servicio prestado por el asociado con vocación de permanencia. Y más aún cuando se trata de labores o actividades que no resultan extrañas al giro ordinario y esencial de quien se beneficia del servicio. De igual forma, enseña la Doctrina de esta Corporación, que aun cuando el cumplimiento de un horario no puede sugerir de manera inequívoca o inexorable la configuración de la subordinación, si puede entenderse como «*un indicio claro de ella*»; máxime si a ello se suma, que el trabajador asociado tenga que cumplir con las políticas, Reglamentos y directrices que le imparte el tercero contratante dentro de su organización, lo que desvirtúa por completo que el trabajador asociado actúe de manera autogestionaria y en desarrollo de una coordinación libre más no impuesta, pues si es el beneficiario del servicio quien de manera unilateral dirige las funciones, es palpable e incuestionable su poder subordinante.

Otro criterio definidor del contrato realidad a juicio del Alto Tribunal, estriba en que si con arreglo a lo previsto en el artículo 5 del Decreto 468 de 1990, las Cooperativas de Trabajo Asociado deben ser poseedoras de las herramientas indispensables para desarrollar la labor o para producir el bien, esto es, deben emplear su propia maquinaria, ya sea a título de posesión, tenencia o propiedad; de lo contrario, también debe tenerse como indicio, es decir, una circunstancia indicativa de la subordinación por parte del tercero contratante. También precisa la jurisprudencia, que otra fórmula para descubrir un contrato realidad, está en cuando la empresa usuaria le solicita a la CTA el retiro de algún trabajador asociado por considerar que incurre en una falta o incumplimiento de sus labores, lo que sugiere que ésta última ejerce el poder vigilante sobre el asociado en cuanto al cumplimiento de sus funciones y su comportamiento disciplinario.

En este punto conviene precisar que los Contratos Asociativos de Trabajo, junto con el contrato sindical y el contratista independiente, son las tres figuras a través de las cuales, se da cabida a la tercerización de servicios en el ordenamiento jurídico colombiano. Al respecto, resulta relevante para desatar la controversia aquí planteada distinguir entre la tercerización y la intermediación laboral, pues la primera acude al mecanismo de contratación de servicios especializados a terceros o producción especializada de determinados bienes, y tiene como objeto el que las empresas ya no desarrollen un objeto social tan amplio sino que se dediquen de manera exclusiva a la actividad principal de su giro ordinario, es decir, que el actual dinamismo económico, empresarial y tecnológico, ha hecho que las empresas busquen especializarse en determinada actividad, despojándose de alguno de los procesos de la cadena de producción para que este sea asumido por un tercero especializado en determinada actividad bajo su cuenta y riesgo.

Esta tercerización de servicios, obedece principalmente a actividades secundarias, o también conocidas como actividades medio de la empresas, que no concitan la actividad principal de la empresa, a manera de ejemplo, se trata de actividades medio el transporte, publicidad, comercialización o distribución, es decir, no constituyen el eje central de la empresa, es decir, se ha concebido a la tercerización como aquella que externaliza labores colaterales y que no son esenciales para la actividad principal de la empresa, o que también se ha conocido como el «core».

En este orden de ideas, es preciso diferenciar entre lo que es la tercerización de bienes y servicios, a lo que es la tercerización laboral o intermediación del recurso humano, que se da cuando esa desconcentración del servicio recae no sólo sobre actividades colaterales, sino también sobre actividades principales de la empresa, frente a lo que cual ha decirse que tal y como está diseñado el régimen laboral Colombiano, la tercerización de bienes y servicios no se encuentra proscrita, en cambio, la intermediación laboral se encuentra prohibida, es decir, no puede haber tercerización de la mano de obra, pues ello sólo le está permitido bajo circunstancias excepcionales y taxativas a las empresas de servicios temporales.

En este contexto, en la tercerización de servicios se persigue un resultado final, con asunción de autonomía e independencia por parte del tercero especializado que presta el servicio, muy a diferencia de la tercerización laboral en la que el objeto principal es que se tercerice la mano de obra vulnerándose las garantías laborales de los trabajadores. Esto implica, se reitera, que deba distinguirse entre la tercerización u

outsourcing, del envío de trabajadores a terceros. Huelga aclarar, que ambas figuras se encuentran claramente diferenciadas no sólo por la legislación colombiana, sino también por la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

Ahora bien, para aterrizar estas premisas en términos prácticos e ilustrativos, la figura de tercerización de servicios u outsourcing, se materializa cuando una empresa deja de asumir u operar una función que inicialmente desplegaba desde el interior de su empresa, para recurrir a un agente externo o tercero, que es especializado en ese servicio específico de la cadena de producción, bajo la particularidad que este último debe asumirlo por su cuenta y riesgo, y por ende, teniendo bajo su subordinación a sus trabajadores. Esta autonomía se debe dar en todos los aspectos operativos, es decir, debe existir independencia administrativa, técnica y financiera, y el resultado final se debe traducir en la producción de un bien, o en la prestación de un servicio determinado, con utilización de sus propias herramientas, maquinaria y equipos.

Esta particular forma de externalización de procesos, o subprocesos, incluso ha sido reconocida por la OIT, bajo lo que ha denominado «*Trabajo en Régimen de Subcontratación*», «*mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos*»¹.

En este contexto, para determinar si la tercerización se ha hecho de manera correcta, es preponderante establecer si el contratista tiene la autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de procesos o subprocesos, si ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o si por el contrario, la misma se ejerce por el contratante, si las órdenes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se debe ejecutar las imparte el contratante y si cuenta con autonomía financiera.

A partir del presente marco conceptual y normativo, y remitiéndonos a las pruebas obrantes en el plenario encontramos que el demandante desde los hechos de la demanda admite que suscribió contrato de asociación con la CTA SERVICOPAVA desde el 12 de febrero de 2013, de lo cual dan cuenta los folios 847-848 del expediente digital; se aportó la Resolución No. 853 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual SERVICOPAVA retira al actor de la labor asociativa por éste desempeñada a partir del 30 de noviembre de 2017 (fls. 40-41, 853-854 Expediente digital); se aportó igualmente Oferta Mercantil de venta de servicios presentada por la Precooperativa de Trabajo

¹ Informe VI (1) Trabajo en Régimen de Subcontratación, CIT 85 (1997).

Asociado SERVICOPAVA a la empresa AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. AVIANCA (Expediente digital: 465-470), anexo a la oferta mercantil de venta de servicios (Expediente digital: 471-475), orden de compra de servicios No. 110502000-6235 (Expediente digital: 476), contrato de comodato precario celebrado entre SERVICOPAVA y AVIANCA S.A. y otro sí (Expediente digital: 477-484, 498-837), terminación contrato surgido de la aceptación por parte de AVIANCA S.A. mediante orden de compra de servicios No. 003000000-565AV de la oferta mercantil emitida por SERVICOPAVA de fecha 5 de febrero de 2009 (Expediente digital: 838), comunicación de reducción en la prestación de servicios aeroportuarios terrestres dirigida a SERVICOPAVA (Expediente digital: 839), solicitud del demandante de afiliación a la cooperativa SERVICOPAVA y su aceptación, así como la solicitud de descuento de aportes (Expediente digital: 849-851), Estatutos de la cooperativa (Expediente digital: 403-441), disolución liquidación de la cooperativa de trabajo asociado SERVICOPAVA (Expediente digital: 842-846), certificación emitida por la cooperativa COOPAVA, en la cual indica que el demandante asistió al curso básico de Economía Solidaria con énfasis en Trabajo Asociado con una intensidad de 20 horas, finalizado el día 12 de junio de 2016; comunicaciones de descanso anual SERVICOPAVA (Expediente digital: 914-916), solicitudes de permiso a SERVICOPAVA (Expediente digital: 918-920).

De acuerdo las mencionadas pruebas, en principio, encuentra esta Colegiatura que efectivamente el demandante, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos entre SERVICOPAVA y AVIANCA, sí prestó servicios personales a última. En tal virtud, resulta evidente que a favor del demandante opera la presunción de que trata el artículo 24 del CST, no obstante, la misma puede ser desvirtuada, si como se explicó con antelación, se demuestra por AVIANCA, que se ejerció en debida forma la tercerización de los servicios, pues como se anunció, la misma no se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico Colombiano, por el contrario, esta figura ha tenido cabida con la introducción del contrato asociativo de trabajo, el contrato sindical y el contratista independiente. Atendiendo a ello, se advierte que SERVICOPAVA suscribió con AVIANCA una oferta mercantil que tuvo por objeto la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos. Por efecto de ello, y como quiera que se trata de una operación que realizaba anteriormente AVIANCA, ésta ya contaba con los bienes muebles requeridos para la ejecución de dichos procesos, razón por la cual, se celebró un contrato de comodato precario, el cual tuvo por objeto permitir el préstamo de uso, de los bienes muebles de propiedad de AVIANCA, a fin de satisfacer las necesidades de infraestructura para la correcta prestación de los servicios, bienes

muebles que según se desprende del anexo de inventario al contrato consistían en computadores, sillas, escritorios, entre otros.

Ahora bien, de conformidad con los estatutos de la CTA SERVICOPAVA, es claro que su objeto social consistía en brindar servicios de operación y manejo de procesos administrativos, operativos y de soporte, dentro de los cuales, se enuncian, los servicios aeroportuarios, operaciones de servicios a pasajeros, equipajes, carga, correo y mensajería especializada, es decir, que en nada se relacionaba con la actividad principal de AVIANCA, esto es, con el diseño, planeación y prestación del transporte aéreo de viajeros.

De otra parte, no se halla dentro del plenario que fuera AVIANCA quien ejerciera tanto la subordinación técnica como disciplinaria sobre el demandante, incluso, se evidencia que quien dio por finalizado el contrato de asociación fue SERVICOPAVA, era a esta CTA a quien le solicitaba los permisos, quien a su vez era quien los autorizaba.

Bajo este panorama probatorio, en sentir de la Sala, se acreditó por las demandadas que se implementó en correcta forma la tercerización de los servicios prestados por el actor, como auxiliar de operaciones terrestres, sin que ningún esfuerzo probatorio hubiese desplegado el demandante tendiente a acreditar las demás circunstancias en que él ejecutó la relación contractual, quedando huérfanas de cualquier respaldo probatorio las aseveraciones plasmadas en el libelo genitor en cuanto a que sus jefes inmediatos lo eran trabajadores de AVIANCA, y que fuera esta quien le impartiera las órdenes acerca de las formas de tiempo, modo y lugar en que debía realizar las labores a él encomendadas, máxime cuando el testigo Manuel de Jesús Camargo, que trajo al juicio no pudo dar cuenta de ello, sólo se limitó a indicar de forma genérica, aunado a que no compartía horarios ni lugar de trabajo, y su testimonio se encontró basado mayormente en su experiencia personal.

Corolario de lo expuesto, considera la Corporación en este caso puntual que, fue acertada la decisión del juez a quo, al encontrarse demostrado que no existió contrato de trabajo entre el Señor JOSE ISRAEL VIVAS CARVAJAL y AVIANCA S.A. y así, la Sala de Decisión no somete a discusión las condenas solicitadas, por tratarse de un punto totalmente innecesario por elemental sustracción de materia y, en consecuencia, confirmará la sentencia recurrida en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia a cargo del demandante por los resultados del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

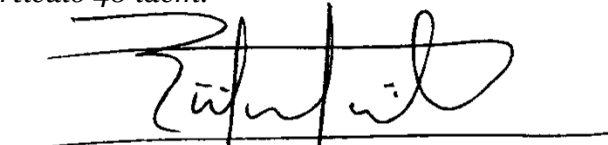
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por LUIS EMILIO CARRIÓN
contra CONJUNTO RESIDENCIAL TORRES DEL PARQUE Rad. 110013105-
011-2014-00604-02.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 22 de enero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **LUIS EMILIO CARRIÓN** instauró demanda ordinaria laboral contra el CONJUNTO RESIDENCIAL TORRES DEL PARQUE, con la finalidad de que se declare que su contrato laboral fue terminado sin justa causa y de manera ilegal, por cuanto la accionada no solicitó permiso ante el Ministerio del Trabajo, ni formuló proceso judicial para efectuar su despido, presentándose un despido colectivo ilegal, pues 22 trabajadores cobijados por el fuero circunstancial fueron despedidos. En consecuencia, se condene al pago de perjuicios morales y materiales, toda vez que no existe un buen ambiente laboral para solicitar el reintegro. Igualmente, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, la sanción por no pago de los intereses a las cesantías, la prima de servicios y las vacaciones, todo ello por el periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de marzo de 2014. Asimismo, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, el 16 de mayo de 2000 suscribió contrato de trabajo a término fijo con el Conjunto Residencial Torres del Parque Propiedad Horizontal, con el fin de desempeñar el cargo de vigilante. Manifestó que adquirió un inmueble en la ciudad de Bogotá el 01 de julio de 2001 y que es quién paga todos los costos universitarios de su hija. Explicó que el 14 de mayo de 2012 se suscribió un pacto colectivo entre el Conjunto Residencial Torres del Parque Propiedad Horizontal y los trabajadores, incluido él, precisando que tal pacto tuvo efectos retroactivos desde el 01 de enero de 2012 y una vigencia de dos años. Expresó que el 09 de octubre de 2013 se radicó denuncia del pacto colectivo, la cual quedó formalmente radicada el 31 de octubre de 2013, mientras que se elaboró el acta de finalización de la negociación colectiva el día 07 de enero 2014, documento que fue radicado ante el Ministerio del Trabajo el 14 del mismo mes y año. Indicó que el 17 de enero de 2014 se llevó a cabo la asamblea, determinando acudir al arbitraje, por lo que, el 23 de enero de 2014 radicarón ante la accionada la asignación del árbitro. Manifestó que el 31 de marzo de 2014 le informaron que habían despedido a 22 trabajadores y posteriormente, de manera verbal le comunicaron la terminación de su contrato sin justa causa, decisión que fue ratificada mediante comunicado enviado a su vivienda el día 02 de abril de 2014, no obstante, la accionada no solicitó la autorización para ello. Aclaró que prefiere el pago de perjuicios materiales y morales, por cuanto no existe un ambiente laboral sano para solicitar el reintegro, aclarando que se causaron tales perjuicios al afectar su proyección de continuar con una estabilidad laboral. Añadió que la actividad que desempeñaba para la accionada comenzó a ejecutarse por medio de una sustitución patronal (Fls. 149 a 171).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El **CONJUNTO RESIDENCIAL TORRES DEL PARQUE** contestó la demanda con oposición a la mayoría de las pretensiones, aceptando que el contrato de trabajo del demandante fue terminado sin justa causa, no obstante, argumentó que nunca cercenó el derecho de asociación de los trabajadores y menos aún, incurrió en un despido colectivo. Manifestó que no existe asociación sindical alguna dentro del Conjunto Residencial, aunado a que no se requería autorización para dar por finalizado el contrato de trabajo del actor. Arguyó que en tratándose de la terminación injustificada del contrato laboral, la indemnización de perjuicios es la normada en el artículo 64 del CST. Señaló que no ha existido sustitución patronal alguna. Aseveró que siempre pagó las acreencias laborales al demandante y que el salario de aquel ascendía a \$1.306.505 mensuales. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación, pago y cobro de lo no debido» y «prescripción» (Fls. 179 a 196).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 22 de enero de 2021 declaró que para el momento en el que se produjo la terminación del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, el demandante gozaba de fuero circunstancial. En consecuencia, condenó al pago de \$10.252.801 correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, previsto en el artículo 64 CST.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual finalizó sin justa causa por parte del empleador, tal como aquel lo aceptó en la contestación de la demanda, lo cual fue ratificado con la comunicación de terminación del contrato y la liquidación de acreencias laborales. Aclaró que según pudo dilucidar del escrito demandatorio, la parte actora pretende el pago de la indemnización de los perjuicios morales y materiales en virtud del fuero circunstancial, el cual está establecido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965. Explicó que obran en el plenario: la denuncia del pacto colectivo del 30 de noviembre de 2013, el acta de negociación del pacto del día 18 de diciembre de 2013, el acta final de negociación del 07 de enero de 2014, el acta de reunión de trabajadores del 17 de enero de 2014 y el acta de asistencia preventiva emitida por el Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social del 02 de septiembre de 2014, en la cual se dejó constancia de que las partes llegaron a un acuerdo, esto es, que presentarían un pliego de peticiones al consejo de administración y asamblea en general del Conjunto. Además, precisó que el representante legal de la parte accionada admitió que al momento del despido del demandante se encontraban en medio de un conflicto colectivo. En ese orden, encontró que el conflicto colectivo inició el 18 de diciembre de 2013, por lo que el demandante estuvo cobijado por el fuero circunstancial desde esa data, en tanto, no se probó la fecha en la que finalizó tal conflicto. Indicó que la consecuencia del despido de un trabajador aforado efectuado sin apego a la ley produce la ineficacia o nulidad del mismo, junto con el pago de los emolumentos salariales hasta cuando se produzca el reintegro, no obstante, el demandante renunció a tal beneficio, siendo pertinente pagar sólo los perjuicios materiales, los cuales en materia laboral se encuentran inmersos en la indemnización del artículo 64 del CST, norma que busca resarcir el lucro cesante y el daño emergente. Manifestó que sólo es posible condenar al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, toda vez que se acreditó el despido sin justa causa y no se probó el pago de la misma. Preciso que los perjuicios morales sólo son procedentes cuando se acredita que tras el despido ocurrió una actuación reprochable del empleador, tal como ocurre cuando tiene el objeto de lesionar al trabajador o le causa un grave detrimento no patrimonial, circunstancias que no fueron acreditadas por la parte actora.

Arguyó que la parte accionada acreditó el pago de todas las prestaciones sociales con la liquidación del contrato de trabajo y la constancia del depósito judicial a favor del demandante. Añadió que no hay lugar a declarar la prescripción porque el contrato de trabajo finalizó el 31 de marzo de 2014, mientras que la demanda fue radicada el día 14 de septiembre del mismo año.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de apelación, argumentando que procede el pago de los perjuicios materiales y morales, toda vez que el Decreto 2351 de 1965 se refiere a perjuicios materiales diferentes a los establecidos en el artículo 64 del CST. Arguyó que el Decreto 2351 de 1965 es una norma especial que permite elegir entre el reintegro o los perjuicios materiales causados por el despido de un trabajador aforado, diferenciando los últimos de los denominados tarifarios, pues los primeros se refieren a la protección del fuero circunstancial, mientras que los segundos se causan en un favor de todo trabajador que es despedido sin justa causa de conformidad con el artículo 64 del CST. Aseveró que en ninguna norma se establece que los perjuicios contenidos en el artículo 64 del CST subsumen a los dispuestos en el Decreto 2351 de 1965, por lo que no se pueden extender al caso de un trabajador cobijado por el fuero circunstancial. Aseguró que el demandante sufrió otros perjuicios, dado que tenía obligaciones familiares y crediticias cuando fue despedido, aclarando que al violar un derecho se causa un perjuicio moral, por lo que se debe condenar al pago de perjuicios morales, en los términos jurisprudenciales del Consejo de Estado. Arguyó que la manifestación de que existen perjuicios morales, obliga al funcionario judicial a tarifarlos, de conformidad con las reglas aritméticas del Consejo de Estado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los del recurso de alzada, solicitando se concedan la totalidad de las pretensiones invocadas en la demanda. La parte accionada guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios morales y materiales, derivados de la terminación de la relación laboral sin justa causa por parte del Conjunto Residencial demandado.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis de lo que es objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió una relación laboral desde el 16 de mayo de 2000 hasta el 31 de marzo de 2014, como así se evidencia del contrato de trabajo visible a folios 29 y 197 y de su terminación a folio 63, aunado a que en los escritos de demanda y contestación no se invocó oposición alguna frente al hecho de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa (fls. 179-196), aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales y materiales solicitados por el actor, encuentra esta Colegiatura que le asiste razón al apoderado judicial de la parte demandante, en el sentido de indicar que es admisible que se condene al reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales por encima de los valores tarifados establecidos en el artículo 64 del C.S.T., así se dispuso por la Corte Constitucional en la sentencia C – 038 de 2004, en la cual se indicó que siempre que se pruebe un perjuicio superior hay lugar a su reconocimiento, criterio que se encuentra acorde con lo dispuesto en la jurisprudencia emanada por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicada al No. 45710 del 24 de noviembre de 2015.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamientos recientes ha desarrollado criterio frente a la indemnización de daños o perjuicios morales en materia laboral, señalando que, para el caso del despido, el finiquito del contrato se presenta cuando el mismo tenía como objeto lesionar al trabajador, es decir, no es suficiente con afirmar que el despido en sí mismo le causó una aflicción al ex trabajador, pues eso sería tanto como resarcir en todos los casos en que haya de por medio un despido, pues, se itera, todo despido puede causar algún tipo de aflicción en el ex trabajador. En ese orden de ideas, se tiene que el daño moral que se alega debe ser adicional a la afectación normal que sufre una persona por ser despedida, y debe evidenciarse que con el despido el empleador quiso lesionar al trabajador o que le causó un gran detrimento emocional, demostración que se logra alcanzar con cualquiera de los medios de prueba autorizados por la ley.

Así se ha indicado, en entre otras, en sentencia SL 2199 de 2019, en la que se señaló en uno de sus apartes que *“En la indemnización por despido sin justa causa el trabajador puede demostrar el daño moral acreditando el menoscabo de aspectos emocionales íntimos, familiares o sociales.”*

Asimismo, en sentencia SL 5707 de 2018, se anotó por parte de la misma Corporación, que *“excepcionalmente el daño moral y para esto es indispensable que se pruebe que el*

despido tenía por objeto lesionar al trabajador, o que le originó un grave detrimento no patrimonial.” También se pronunció la citada Corte en sentencia SL 4510 de 2018 en torno a que “Es posible resarcir el daño moral cuando se pruebe que el despido injusto se configuró ante una actuación del empleador que tenía por objeto lesionar al trabajador, o que le originó un grave detrimento no patrimonial.”

De conformidad con lo anterior, valga concluir que la carga de probar la existencia del perjuicio moral recae en quien lo alega, esto es, en el ex trabajador que dice haber sufrido el despido sin justa causa, a quien no le bastará con afirmar que sufrió un menoscabo en su integridad moral, sino que debe comprobar, a través de distintos medios de prueba, que ese menoscabo, ya sea del fuero interno de la persona, o patrimonial, fue inusual al que conlleva la aflicción y tristeza de sufrir un despido o la carga económica que se sufre por dicha decisión unilateral de su empleador.

Es así que, en una de las más recientes decisiones sobre el tema de la indemnización por perjuicios morales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL721- 2020, radicación 72353, adujo: *“Con todo, la sala considera conveniente recordar que la procedencia de la condena por perjuicios morales es un tema que se ha tornado pacífico para la jurisprudencia laboral, como se reiteró en sentencia CSJ SL4570-2019, en los siguientes términos: Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño». (CSJ SL-4570-2019). En consecuencia, este cargo no tiene vocación de prosperidad.”*

Por otro lado, en cuanto a los perjuicios materiales, estos pueden serlo en las modalidades de daño emergente o lucro cesante; respecto al lucro cesante señala la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL633-2020 con radicación 67414:

“Frente al componente del lucro cesante, resulta apropiado rememorar que, se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico, o se recibe en menor proporción”.

En cuanto al daño emergente señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5549-2019 con radicación 67169, *hace parte del género del perjuicio material, corresponde a aquellos gastos o erogaciones dinerarias en que pudo incurrirse derivado del accidente de trabajo*, o en su defecto, del despido, es decir, hace referencia al ingreso que deja de percibir el trabajador por el evento que lo afectó, estos perjuicios están comprendidos en la indemnización por despido injusto del Artículo 64 del C.S.T. y se le conoce como indemnización tarifada: *“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 (...)”*

Ahora bien, señaló el apoderado de la parte demandante que el A quo omitió pronunciarse sobre la indemnización contemplada en el Decreto 2351 de 1965 relativa a los perjuicios morales y materiales por fuero circunstancial; no obstante, verificada la norma, se observa lo siguiente:

“ARTICULO 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.

(...)

ARTICULO 40. Protección en caso de despidos colectivos.

1. Cuando alguna empresa o {empleador} considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores o terminar labores, parcial o totalmente, ya sea en forma transitoria o definitiva, por causa distintas de las previstas en los artículos 60. literal d), y 70. de este Decreto, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de trabajo, explicando los motivos y acompañado las correspondientes justificaciones, si fuere el caso.

2. En los casos de suspensión o terminación del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, previsto en los artículos 51 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo, la empresa o {empleador} deben dar inmediato aviso al Inspector del Trabajo del lugar o, en su defecto, a la primera autoridad política a fin de que se comprueben esa circunstancia.

3. No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo de que trata el numeral 10.

4. El Ministerio del Trabajo, a su juicio, y en cada caso, determinará cuándo una empresa o {empleador} ha efectuado un despido colectivo de trabajadores.

5. Las Indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores por la violación de las disposiciones de este artículo en que incurran las empresas o patronos, se harán efectivas por la justicia del trabajo.”

De ahí que se pueda afirmar que no existe una norma especial relativa al pago de perjuicios materiales y morales por la finalización del vínculo laboral sin justa causa en favor de un trabajador cobijado por la garantía de fuero circunstancial, razón por la que esta Corporación abordará el estudio de conformidad con lo previamente manifestado.

En consecuencia, procede la Sala al estudio del acervo probatorio con la finalidad de verificar si fueron probados los perjuicios reclamados, y determinar si hay lugar a un reconocimiento superior a los tarifados según el artículo 64 del C.S.T., encontrando que fueron allegados los siguientes medios de prueba:

- Registro civil de nacimiento de KAREN LIZETH MARIN BARRANTES, hija del accionante (fls. 25).
- Escritura No. 2382 del 10 de julio de 2001, compraventa de vivienda con hipoteca, personas que intervienen en el acto: DIEGO MAURICIO RUBIO ROMERO en representación de la sociedad INVERSIONES ALBAIDA S.A., RAFAEL MARTÍNEZ SÁNCHEZ en representación del Banco Davivienda S.A. y ELSA BARRANTES LÓPEZ y LUIS EMILIO MARIN CARRION (fls. 30-42).
- Comunicación del 25 de julio de 2000, del Banco Davivienda al actor, donde informa la aprobación de crédito de vivienda (fls. 43-44).
- Comunicación de septiembre de 2000, de COLSUBSIDIO al actor, donde le informa la aprobación de subsidio a su favor (fls. 45).
- Comprobantes de pago de nómina (fls. 48-53).
- Extracto de crédito hipotecario, a nombre de Elsa Barrantes López, por valor de \$175000, pagado en marzo de 2014 (fls. 54).
- Factura de servicio público de energía (fls. 55).
- Factura de servicio público de agua y aseo (fls. 56).
- Factura de servicio público de telefonía e internet (fls. 57).
- Factura de servicio público de gas (fls. 58).
- Solicitud de retiro de cesantías de 08 de enero de 2014 (fls. 59).
- Pago de matrícula Unipanamericana, del 09 de enero de 2014 (fls. 60).
- Estado de cuenta de tarjeta de crédito de marzo de 2014 (fls. 61-62).
- Testimonio señor SEGUNDO MANUEL CARRILLO PARRA, adujo ser compañero del demandante y conocerlo hace 25 años, dijo que trabajaban en

seguridad desde hace 14 años en el Conjunto Residencial Torres del Parque. Señaló que tanto el como el demandante fueron despedidos en la misma fecha pero que desconocen las razones de su despido. En cuanto al pacto colectivo, indicó que el demandante estaba afiliado a este, por cuanto todos los trabajadores lo estaban. En lo referente a los pagos de universidad de su hija, indicó que los mismos los están sufragando con préstamos y créditos, ya que el accionante quedó desempleado. Adicionalmente, indicó que el señor Luis Marín, debe la casa en la que vive y está atrasado en 10 cuotas, y que lo sabe porque en el trabajo dialogaban; que no ha podido vincularse laboralmente ya que por la edad lo rechazan. En cuanto a la demandada, indicó que todos presentaron demanda con el Dr. Víctor Manuel Rivera.

Revisada la prueba documental no se evidencia la demostración de los perjuicios alegados por la parte demandante, puesto que los mismos únicamente reflejan préstamos y subsidios obtenidos para la compra de inmueble, los valores a pagar por servicios públicos, el pago de la matrícula y la tenencia de una tarjeta de crédito, e igualmente, del testimonio recaudado se evidenció que aún debe dinero por la compra de la casa y que para pagar la universidad de su hija, ha tenido que recurrir a préstamos, pero de ninguna manera reflejan o permiten acreditar la causación de los perjuicios reclamados, o del grave detrimento causado a raíz del despido, es más, se tiene que el testigo SEGUNDO MANUEL CARRILLO PARRA, indicó que demandante se encontraba atrasado en 10 cuotas de la casa, y que eso lo dialogaban cuando estaban laborando y posterior a su salida, lo que indica que el atraso en el pago de las cuotas del préstamo no obedeció al despido del actor.

Ahora bien, es de anotar que, aun cuando resulta inevitable que la pérdida del empleo genera sentimientos de frustración y tristeza en cualquier individuo, ello no es suficiente para acceder al pago de una indemnización por perjuicios morales, pues es indispensable, verificar la manera en que tal suceso –por demás injustificado por parte del empleador- afectó el fuero interno del trabajador. De ahí que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que los perjuicios morales no se configuran por el hecho mismo del despido y que solo habrá lugar a ellos cuando dicho suceso esté asociado a conductas que en verdad provoquen un menoscabo en el patrimonio moral del trabajador.

En consecuencia, al no haberse probado los perjuicios morales que den lugar a su reconocimiento por encima de los tarifados legalmente, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

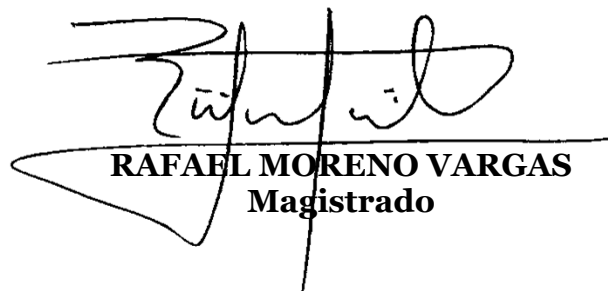
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por OLGA PATRICIA ROMERO PIÑEROS contra AFP PROTECCION S.A. Rad. 110013105-012-2020-00014-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 07 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **OLGA PATRICIA ROMERO PIÑEROS** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP PROTECCION S.A., con la finalidad de que se condene y se declare que goza de estabilidad laboral reforzada por ostentar la calidad de pre-pensionada, se condene y se declare que el acuerdo celebrado el 10 de noviembre de 2017 con PROTECCION S.A. es nulo por cuanto existió un vicio en el consentimiento por error de hecho y fuerza, y, como consecuencia, se declare y se condene que el contrato sigue vigente y sin solución de continuidad; se declare y se condene a que tiene derecho a ser reintegrada en el cargo que venía desempeñando, o uno de similares condiciones, desde el 03 de noviembre de 1995 y hasta cuando ingrese en nómina de pensionados, que tiene derecho al pago de los salarios cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir entre el 11 noviembre de 2017 y hasta la fecha en que se verifique su reintegro al cargo.

Subsidiariamente, pretende se declare que goza de estabilidad laboral reforzada por ostentar la calidad de pre-pensionada, se declare que el acuerdo celebrado el 10 de noviembre de 2017 con PROTECCIÓN S.A. es nulo por cuanto existió un vicio en el consentimiento, se declare que el auxilio otorgado por PROTECCION S.A. denominado de "educación académica especial" es constitutivo de salario, que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, fue despedida injustamente, que existió mala fe por parte de PROTECCION S.A. al hacerla suscribir un "acuerdo entre las partes" para dar por terminado el contrato de trabajo, y, en consecuencia, PROTECCIÓN S.A. le adeuda indemnización por despido injusto establecido en el artículo 64 del C.S.T. Se declare que tiene derecho a que PROTECCIÓN S.A. le pague la indemnización establecida en el artículo 65 del C.S.T., se condene a PROTECCIÓN S.A. a pagar la reliquidación de las prestaciones sociales con el salario devengado, a que le sea reliquidado y pagados los aportes a seguridad social en pensión con el salario devengado a la administradora de pensiones donde se encuentra afiliada, la indemnización por despido injusto establecido en el artículo 64 del C.S.T. y la indemnización establecida en el artículo 65 del C.S.T. Asimismo, se condene a la parte demanda sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, nació el 15 de febrero de 1977 e informó que, se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RMPPD administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, anotando que ha cotizado al Sistema General de Pensiones 1.206,71 semanas; que es madre de CAMILO ANDRÉS OSPINA ROMERO, quien nació el 06 de febrero de 2001 y depende económicamente de ella, pues padece de síndrome de William, lo que le genera un retraso psicomotor. Mencionó que, el 17 de abril de 2013 COMPENSAR, a través del Dictamen No. 1000288482 lo calificó con una pérdida de la Capacidad Laboral del 60,7%, con una fecha de estructuración del 17 de abril de 2013. Agregó que, ingresó a laborar en la AFP PROTECCIÓN S.A. el 03 de noviembre de 1995 y dicho vínculo se mantuvo hasta el 10 de noviembre de 2017. Adujo que laboró para la AFP PROTECCIÓN S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido, aclaró que, desempeñó el cargo de Analista de Definición de Beneficios Pensionales en la AFP PROTECCIÓN S.A., percibiendo la suma de \$3.530.076 por concepto de salario. Explicó que PROTECCIÓN durante el vínculo laboral conocía que era madre de un menor de edad y que aquel se encontraba en condición de discapacidad, dependiendo únicamente de ella. Mencionó que la AFP PROTECCIÓN S.A. le otorgaba la suma de \$800.000 por

concepto de auxilio de educación, destinado a su hijo con discapacidad y constitutivo de salario. Expresó que el 10 de noviembre de 2017 sus jefes directos la citaron junto con sus compañeros para comunicarle que la empresa se encontraba realizando una reestructuración, por lo que, le presentaron un documento denominado «Acuerdo entre las partes» que buscaba dar por terminado el contrato laboral, asegurando que sus jefes directos le indicaron que debía firmar el acuerdo ese mismo día y si no lo hacía, perdería la bonificación que le estaban prometiendo y de todas maneras la retirarían de su cargo, y dada su condición económica se vio forzada a aceptar dicha oferta, siendo estos derechos ciertos e indiscutibles, además, se realizó sin presencia de una autoridad administrativa o judicial, ni de una persona que la asesorara para que tomará una decisión libre de vicio (Fls. 01 a 26).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **AFP PROTECCION S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que, al momento de la terminación por mutuo acuerdo del contrato, se desconocía la intención de la demandante de adquirir la pensión especial de vejez, pues no informó de ello a la entidad. Aseguró que, el acuerdo celebrado entre la demandante y la AFP el 10 de noviembre de 2017 es completamente válido, ya que se trató de una decisión voluntaria y libre de presiones, donde se procedió a la liquidación y pago de las prestaciones sociales a la señora OLGA PATRICIA ROMERO PIÑEROS y, por lo tanto, PROTECCIÓN S.A. canceló de manera oportuna lo correspondiente a aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. Formuló como excepciones de mérito las de «no ser beneficiaria de estabilidad laboral reforzada por tener calidad de pre-pensionada», «pago de prestaciones sociales y cobro de lo no debido», «compensación», «buena fe por parte de la demandada», «prescripción» y «excepción genérica» (Fls. 83 a 89).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 07 de octubre de 2021, declaró probadas las excepciones de «no ser beneficiaria de estabilidad laboral reforzada por tener calidad de pre-pensionada» y «cobro de lo no debido» planteadas por la demandada PROTECCIÓN S.A. conforme lo expuesto y absolvió a la demandada PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que a la fecha de la terminación por mutuo acuerdo del contrato, la demandante tenía 40 años de edad, por lo que,

frente a los requisitos establecidos en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, no tenía la condición de pre pensionada; Frente a la pensión anticipada de vejez afirmó que, la demandante cuenta con 1206 semanas cotizadas en el RPMPD, consolidadas hasta el 28 de febrero de 2019. Preciso que se acreditó que la accionante tiene un hijo que sufre una discapacidad laboral del 60.7%, no obstante, no cumple con los requisitos de lo pretendido, al no contar con el tiempo mínimo de para acceder a la pensión, es decir, 1300 semanas, faltándole al término de la relación laboral más de tres años de cotización para cumplir con los presupuestos establecidos por la norma. Explicó que, para la protección de pre pensión, era necesario que la accionante pusiera en conocimiento de la situación de pérdida de capacidad laboral de su menor hijo a su empleador y su intención de reclamar la pensión anticipada de vejez por hijo invalido, de lo cual no halló prueba, agregó que la estabilidad laboral reforzada por pre pensión opera cuando hay desvinculación o terminación del contrato de forma unilateral o sin justa causa y faltando tres años o menos para cumplir la densidad de semanas requeridas para obtener el beneficio pensional, pero no cuando el vínculo contractual fenece de forma voluntaria o por mutuo acuerdo, por lo que la actora no gozaba de estabilidad laboral reforzada y nada le impedía negociar de forma conjunta la terminación del vínculo contractual. Aseguró que, a pesar de que el diagnóstico del hijo de la demandante señala que requiere acompañamiento permanente de los padres y apoyo de los familiares más cercanos, ello no impidió que la accionante continuara prestando el servicio. Dicho lo anterior, concluyó que nada le impedía a la demandante continuar cotizando para efectos de consolidar su futuro pensional. Agregó que según reiterada jurisprudencia, y de conformidad con la normativa existente, respecto de la nulidad del mutuo acuerdo celebrado entre las partes para dar por finalizado el contrato de trabajo, pues este tuvo su origen objeto y causa lícita, toda vez que, la forma de terminación de los contratos laborales puede llevarse a cabo por mutuo acuerdo, adicionalmente recordó que, la accionante no tenía un derecho adquirido que resultara irrenunciable, recalcó que, frente al consentimiento, este no se vio afectado por error o fuerza para su aceptación, pues no hay prueba que lo demuestre. Finalmente, aclaró que, frente al auxilio de educación, este no constituye factor salarial por cuanto es una prestación extralegal y son factores reconocidos por mera legalidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la actora presentó recurso de apelación, argumentando que lo plasmado en el acuerdo celebrado el 10 de noviembre de 2017 no corresponde a lo narrado por la accionante, toda vez que las testigos manifestaron que la compañía prescindiría de sus servicios, dado que sus perfiles, concretamente el de la actora, no

se ajustaban al cargo de analista previsional, reiteró que, el mencionado acuerdo es nulo por hallarse error de hecho y fuerza al transar derechos que no fueron puestos en conocimiento a la demandante, según los preceptos de la Corte Suprema de Justicia, añadió que, el empleador le hizo creer a la actora que su perfil no se adecuaba al cargo, lo que la hizo incurrir en error, adicionalmente señaló que el empleador incurrió en constreñimiento al proponer las bonificaciones de firmarse el mencionado acuerdo, lo que ha entendido la Alta Corporación como error de causa, argumentó que, todo ello se encuentra acreditado respecto de las documentales y testimoniales. Especificó que, la demandante si contaba con el fuero de pre-pensionada al contar con 1.147.24 semanas al finalizar el contrato laboral, por lo que le hacía falta 102.76 semanas equivalentes casi a dos años (sic) para acreditar las 1300 semanas requeridas para la pensión especial de vejez por hijo discapacitado y, de ello, se tenía conocimiento por el empleador, por lo que expresó que, podía deducirse del fuero mencionado, pudiendo así aplicar la tesis jurisprudencial, no siendo necesario probar la dependencia económica por parte de la madre hacia su hijo discapacitado, por lo que la accionante tendría derecho a lo pretendido en el libelo demandatorio. Finalmente apeló la sentencia en cuanto a la bonificación por su hijo recibida por la accionante, por cuanto la misma fue recibida de manera periódica e ingresó dentro del patrimonio de la demandante para mejorar su calidad de vida, como contraprestación del servicio prestado y por lo tanto hace parte de su salario.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el libelo de contestación, solicitando ser absuelta de todas las pretensiones. Asimismo, la demandante presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque la decisión.

PROBLEMAS JURÍDICOS

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado y, reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la terminación del contrato de trabajo estuvo afectado por vicios en el consentimiento respecto de la actora; luego, verificar si la demandante ostentaba el fuero de pre pensionada en razón de su hijo discapacitado y, por último, determinar si hay lugar a la reliquidación

de las prestaciones sociales teniendo en cuenta el auxilio de educación que percibió la demandante.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis de lo que es objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existe una relación laboral desde el 03 de noviembre de 1995, como así se evidencia del contenido del contrato laboral visible a folios 89 a 92, así como de las certificaciones laborales obrantes a folios 38 y 39, aunado a que en los escritos de demanda y contestación no se invocó oposición alguna frente a tal hecho; contratación que se terminó por mutuo acuerdo el 10 de noviembre de 2017 (fls. 37 y 162), aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

Pues bien, en lo que atañe a la validez del acuerdo para dar por terminado el contrato y determinase si en efecto la demandante se encontraba en estado de pre pensionada y si fue presionada para suscribir un acuerdo para dar por terminado su contrato, debe partirse de la regla general según la cual, conforme se desprende de los artículos 1508 a 1516 del Código Civil, quien pretenda beneficiarse de la consecuencia jurídica que deriva de este supuesto fáctico, tiene la carga de demostrarlo así en el expediente, en razón a que ni el error, la fuerza o el dolo, como vicios capaces de afectar las declaraciones de voluntad contractual, pueden ser objeto de presunción legal o de derecho (CSJ, sentencia SL13202 de 9 sep. 2015 rad. 47028).

Frente al tema de la transacción, no está de más recordar que el artículo 15 del C. S. T. autoriza la transacción de derechos inciertos y discutibles. De igual modo, el artículo 13 del esa obra legal señala que los derechos y prerrogativas estipulados en sus disposiciones, *«contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores»*; y en ese mismo orden, dispone que cualquier estipulación que afecte o desconozca esos mínimos *«No produce efecto alguno»* y, bajo el concepto de orden público (art. 14), determina que los derechos y prerrogativas contenidos en esa codificación son irrenunciables, *«salvo los casos expresamente exceptuados por la ley»*. En tal contexto como se recordó en sentencia CSJ SL4525-2018, *«existen derechos mínimos que son irrenunciables y, otros, que en virtud de normas constitucionales y legales, bien pueden ser objeto de disposición a través de mecanismos tales como la **transacción** o la conciliación, instituciones que de cara al principio protectorio y los fines y valores constitucionales resultan igualmente legítimas para evitar conflictos en las relaciones sociales y facilitar el saneamiento de las controversias en el marco de **una justicia consensual**»*.

Conforme al marco normativo y jurisprudencial que antecede, se constata de folios 37 y 104 copia del «ACUERDO ENTRE LAS PARTES» suscrito el 10 de noviembre de 2017, donde convinieron *«dar por terminado el contrato de trabajo a término indefinido que se había celebrado entre las partes, al finalizar la jornada laboral del 10 de noviembre de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 61, literal b) del Código Laboral Colombiano, subrogado por el artículo 5 de la ley 50 de 1990, que establece como causal de terminación de contrato de trabajo el mutuo consentimiento»*, además se indicó que se daba a la empleada *«una bonificación no constitutiva de salario por valor de \$53.016.512»*, la cual se evidencia con las documentales de folios 105 a 107 que le fue liquidada y pagada a la actora. Advirtiendo en todo caso, que la actora en el interrogatorio de parte que absolvió confesó que ella había renunciado *«porque no tenía tiempo para cuidar a mi hijo [...]»*.

Ajustándose a lo dispuesto en el literal b) del artículo 61 del C S del T. según evidencia lo anterior; luego, a juicio de la Sala de Decisión dicho acuerdo de voluntades reviste las características propias de una transacción. De igual modo, no sobraría decir que lo acordado dentro de la transacción referida no trataba de derechos ciertos e indiscutibles, precisamente por la naturaleza del pago y/o bonificación extra salarial, lo cual desde luego no está proscrito en una transacción.

Retomando el tema de la validez de la misma, el artículo 2470 del Código Civil establece quienes tienen capacidad para transigir señalando para el efecto que solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. De igual modo, resulta claro que no cualquier circunstancia que se presente en o con ocasión de un acto jurídico ha de ser calificado como un vicio del consentimiento por no estar una parte involucrada, a posteriori, de acuerdo con él, pues se requiere que al momento de ocurrir el hecho o acto jurídico, el vicio de que adolece se presente o influya determinantemente en el juicio o sobre el ánimo de una persona, o que este genere la imposición de una fuerza tal que repercuta en la libre voluntad de la víctima alterando de manera notable o sustancial su leal y prudente juicio.

Al respecto, vale indicar que en principio no quedó demostrado que la aludida convención haya sido suscrita en presencia de alguno de los vicios antes anotados, pues al efecto, en el acervo probatorio, de los testimonios recaudados sólo puede vislumbrarse es el hecho de que igual que la demandante otras empleadas también dieron por terminado su contrato de trabajo ante el ofrecimiento que les hizo la empresa y también les fueron pagados las bonificaciones por retiro, sin que de la

prueba documental se dé cuenta de otra situación anómala; lo que si aparece diáfano en el cuerpo del acto transaccional es la aceptación voluntaria y libre de apremio por parte de la demandante, la cual es expresada con su rúbrica en ese documento, sin que aparezca manifestación alguna frente a que fue engañada u obligada a suscribirla y por lo tanto no puede considerarse como inválida a fin de anularla, pues no se evidencia algún tipo de vicio en el consentimiento en la persona de la hoy demandante.

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que lo que se estaba transigiendo por las partes era la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, situación que, se insiste, no se erige como un derecho cierto ni indiscutible, aunado a que es una facultad que está legalmente respaldada en el ya citado literal b) del artículo 61 del CST. En ese orden, no le asiste razón a la recurrente en torno a establecer una posible anulación de dicho acto por vicios del consentimiento, máxime, cuando confesó que había renunciado voluntariamente.

En todo caso, frente al ofrecimiento del empleador para terminar el contrato y a cambio de ello ofrecer una suma de dinero, la Alta Corporación en la sentencia CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 39288, recordó que *«el mutuo consentimiento de dar por terminado el contrato de trabajo no [...] exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato de trabajo. Bien puede una de las partes ofrecer a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte»*.

En lo que concierne a la condición de prepensionada como la garantía de estabilidad reforzada para aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole tres años o menos para cumplir requisitos para acceder a la pensión de vejez, es pertinente señalar sobre este concepto que la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiteradas oportunidades y así en sentencia CC SU-897-2012, expuso:

«En la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez».

De igual modo, en la sentencia CC T-638-2016, indicó

*«La estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector **público o privado**, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales».*

En el caso de la recurrente se tiene que la desvinculación se produjo el 10 de noviembre de 2017, fecha en la cual contaba con apenas 40 años de edad, pues nació el 15 de febrero de 1977 como consta a folio 29 y, además, tenía cotizadas 1.149.37 semanas, de conformidad con el reporte expedido por Colpensiones obrante a folios 32 a 36, por lo que a la data de la desvinculación no contaba con el requisito de edad al efecto pues le faltaba para ello 17 años de edad, pese a que sí le faltaban tres años para alcanzar 1.300 semanas de cotización, sin que sea dable dar aplicación a lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dado que no demostró la actora que su hijo en condición de discapacidad, lo cual no se encuentra en discusión, dependiera económicamente de ésta porque incluso en el interrogatorio de parte admitió que convive en unión libre con el padre de su hijo, quien cubre la salud del mismo, pues es beneficiario de aquel, ello sumado a que también confesó que continuó laborando después de haberse desvinculado de PROTECCIÓN S.A. de modo que no podría eventualmente accederse a la pensión especial por esas dos condiciones i) la dependencia económica, la que ella misma desvirtuó en el interrogatorio de parte y ii) no seguir laborando. De este modo, no puede otorgársele la condición de pre pensionada y por tanto tampoco tiene lugar la pretensión elevada en ese sentido.

Finalmente, en lo que concierne al reajuste salarial deprecado, es de recordar que los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, 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, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales

acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias CSJ SL4342-2020 y CSJ SL5159 de 2018, estimó lo siguiente:

«Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye 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», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.

Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.

Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Sí, 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. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su

discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

De acuerdo al estudio desplegado en sede extraordinaria se concluye que la prima extralegal acá denominada «PNO CONST. SAL» constituye salario ante la ausencia de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que debe seguirse la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.

Aquí, conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una 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 elevar su calidad de vida, carga que acá no se verificó (CSJ SL5159-2018 y CSJ SL12220-2017)».

A juicio de la alta Corporación, no obstante dicha facultad, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del C.S.T. para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (Ver en entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018).

Descendiendo al caso que nos ocupa, estima la parte actora que la suma percibida por concepto de *auxilio de educación especial destinado a su hijo con discapacidad* era constitutivo de salario, no obstante, revisado el acervo probatorio aportado a los autos, no se encuentran medios de prueba que den cuenta de las circunstancias en que era percibido tal beneficio, esto es, su periodicidad, la cantidad y su habitualidad, máxime cuando la demandada aportó documento denominado plan de estatuto de beneficios, según el cual, este tipo de beneficios no constituye salario, presumiéndose su carácter no salarial. En tal medida, no hay lugar al reajuste deprecado, máxime cuando desde la demanda, incluso en la alzada se indica que tal valor, precisamente, estaba destinado a la educación especial del hijo de la demandante en condición de discapacidad, lo cual da al traste con la pretensión pues desvirtúa que estuviera destinado a enriquecer su patrimonio.

Así las cosas, al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se

confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

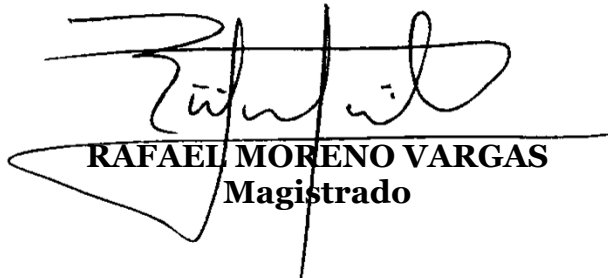
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de GLADYS BUITRAGO contra
MANUFACTURAS DE CUERO ARIZA S.A.S. Rad. 110013105-014-2019-
00156-01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el día 19 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **GLADYS BUITRAGO**, a través de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de **MANUFACTURAS DE CUERO ARIZA S.A.S.**, a fin de que se declare existió un contrato de trabajo a término indefinido, cuya fecha de inicio fue el día 09 de junio de 1992 y de terminación el 15 de abril de 2007; se declare que las labores que desempeñó fueron las de ayudante de mano de obra limpiando los productos que elaboraba la empresa, aplicando tinta a los cueros, troquelar, planchar, armar billeteras y refilar, asimismo, hacía el aseo de la empresa una vez a la semana con otros dos o tres trabajadores; que la demandada adeuda a la demandante los aportes al Sistema General de Pensiones por los años 1998, 1999 y 2000, y, se condene en costas a la demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, al tenor de lo

dispuesto en el Artículo 24 del C.S.T.; indicó que, la fecha de inicio del contrato fue el día 09 de junio de 1992 y la fecha de su terminación fue el 15 de abril de 2007, precisó que, las labores desempeñadas eran las de ayudante de mano de obra limpiando los productos que elaboraba la empresa, aplicación de tinta a los cueros; troquelar, planchar, armar billeteras y refilar, asimismo, hacía el aseo de la empresa una vez a la semana con otros dos o tres trabajadores. Mencionó que el último salario mensual devengado fue el mínimo legal vigente. Finalmente detalló que, la demandada le adeuda el valor equivalente a los aportes al Sistema General de Pensiones por los años 1998, 1999 y 2000. (Exp. Digital: 001. PO. Gladys Buitrago vs Manufactura de Cuero Ariza Exp. 014-2019-00156, págs. 23 a 25).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada **MANUFACTURAS DE CUERO ARIZA S.A.S.**, contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, para los años 1990 a 2000, e incluso posteriores a estos, los pagos de aportes al SGSS en Pensiones se realizaban de manera manual mediante planilla física, que para el caso de la actora era a través del Instituto de Seguros Sociales. Expresó que, dichas planillas físicas de aportes al Sistema General de Pensiones tanto de la actora como de un gran número de ex trabajadores fueron calcinadas por ocasión de un incendio accidental ocurrido en las instalaciones de la empresa hace varios años, lo cual le impidió aportar las planillas de dichos aportes a pensión realizados a la señora GLADYS BUITRAGO. Sin embargo, adujo que, mediante prueba oficiosa se podrá llegar a la luz de la verdad. Formuló como excepción de mérito la de «cobro de lo no debido» (Exp. Digital: 001. PO. Gladys Buitrago vs Manufactura de Cuero Ariza Exp. 014-2019-00156, págs. 54 a 60 y 79 a 80).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 19 de octubre de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 17 de septiembre de 2018 y el 28 de mayo de 2019, el cual finalizó por renuncia del demandante y condenó a la accionada al pago de los salarios adeudados al demandante, junto con el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión e indemnización moratoria hasta el 28 de mayo de 2021, momento desde el cual deberá pagar intereses moratorios.

Para arribar a la anterior decisión, indicó que de acuerdo al acervo probatorio logró evidenciar que entre las partes hubo varios contratos de trabajo y no un

único vínculo contractual, anotó que si bien, la empresa MANUFACTURAS DE CUERO ARIZA S.A.S. realizó los pagos al Sistema General de Pensiones en favor de la accionante y ello fue de manera constante, existieron interrupciones dentro del lapso de 1992 a 2007. Así entonces, informó que no se encontraron aportes en enero y febrero de 1997, 22 días de enero de 1998, febrero a diciembre de ese mismo año, 1999 y 2000, enero de 2001 y febrero y septiembre de 2004, de la misma manera, advirtió que, fueron reportadas novedades de retiro el 15 de diciembre de 1995, 20 de diciembre de 1996, 15 de diciembre de 1997 y 15 de abril de 2007, por lo que había lugar a disponer el pago parcial de las obligaciones probadas y dejadas de pagar por el empleador.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación contra todas las condenas impuestas, argumentando que, el recaudo de las pruebas testimoniales evidenciaba únicamente extremos laborales, afirmó que, ninguna de estas pruebas recepcionadas pudo negar que se les pagara a los empleados de la compañía las acreencias laborales y aportes a Seguridad Social Integral. Manifestó que, se advirtió el caso fortuito o la fuerza mayor que se presentó en las instalaciones de la compañía, en el cual gran parte de los archivos desaparecieron por incendio grave, lo que ocasionó la pérdida de comprobantes de pago físico, agregó que, fue imposible recuperar dicha información, aunado a ello. Mencionó que, a muchos de los afiliados les sucedió que al momento de hacer la transición del antiguo Instituto de Seguro Social a COLPENSIONES, desaparecieron comprobantes físicos que demostraban los pagos de aportes del Sistema de Seguridad Social en Pensión de empleadores, por lo que se debe asumir la buena fe del empleador con base en las pruebas aportadas, las cuales demuestran el pago oportuno de los aportes y que, por el infortunio de la calcinación de los documentos, no se pudo demostrar los aportes faltantes, finalmente, cuestionó el hecho que nunca se indagó a la parte actora del extravío de los documentos, pues consideró que litigios como el presente son muy comunes.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el libelo demandatorio, solicitando se confirme la sentencia. La demandada, por su parte, guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, en observancia de lo previsto en el artículo 66 A del CPT y SS, le corresponde a esta Corporación determinar si en el presente proceso hay lugar a condenar al pago de los aportes a pensión respecto de los tiempos que se encontró en juicio no pagados a COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar que, la existencia del contrato de trabajo, el salario y los extremos de la relación laboral no fueron objeto de impugnación por los sujetos procesales.

Para resolver el problema jurídico planteado, se tiene que la alzada se centra en señalar que con las pruebas aportadas se puede verificar que los aportes a pensión en favor de la demandante fueron pagados; no obstante, de la revisión de los medios de prueba especialmente la historia laboral adosada a los autos, encuentra la Sala que ciertamente se echan de menos los aportes correspondientes a los ciclos del año 1997 y comprendidos del 16 de enero al 31 de enero y el ciclo de febrero; lo ciclos de febrero, marzo, abril, octubre, noviembre y del 1 al 15 de diciembre del año 1998; para el año 1999 no se avizoran los correspondientes a los a los del 16 enero al 31 de enero, ciclos de febrero a noviembre y del 1 al 15 de diciembre. Para el año 2000 del 16 enero al 31 de enero, ciclos de febrero a noviembre y del 1 al 15 de diciembre. Frente al año 2001 se echan de menos los del 16 enero al 31 de enero y el mes de febrero; y en lo que concierne al año 2004, el ciclo de septiembre.

Así las cosas, debe señalársele a la parte accionada que al echarse de menos las pruebas que den cuenta del pago de esos aportes, debe accederse a su reconocimiento y pago en los términos que señaló la juez de primer grado. Se precisa en todo caso que, si bien en materia probatoria laboral no hay tarifa y son admisibles todos los medios de prueba, la prueba testimonial no se antoja conducente y pertinente para demostrar el hecho del pago de unos aportes a la seguridad social en pensiones, cuyo impago redunda en el derecho pensional de la demandante de forma negativa. Ahora, si bien no se desconoce el hecho desafortunado de un incendio en las instalaciones de la empresa que presuntamente destruyó la prueba que acá se echa de menos, estima la Sala que ello no puede servir de excusa para no pagar los aportes que aparecen insatisfechos, máxime, cuando no se discute la existencia de la relación laboral.

En ese orden, aceptar la tesis de la recurrente, en el orden de no imponer condena por tales razones, es como otorgar una patente de corso al incumplimiento de unas obligaciones a favor del trabajador de carácter irrenunciable, siendo del resorte de la demandada desvirtuar tal acusación de la demandante, esto es, que si se pagaron los aportes a pensión; razón por la que a juicio de la Sala debe imponerse la condena apelada.

Consecuente con lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

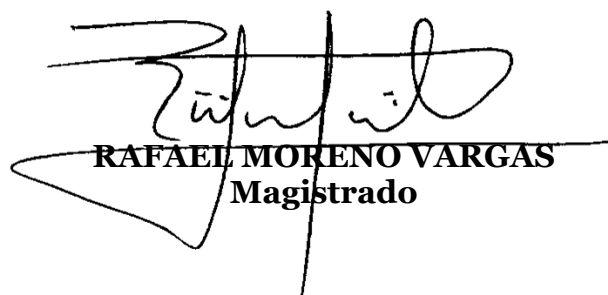
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre dos mil dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MAGNOLIA BANGUERO contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP y OTRO Rad. 110013105-021-2016-00695-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir los recursos de apelación formulados por las demandadas UGPP y FIDUAGRARIA S.A. contra la sentencia proferida el 06 de octubre de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MAGNOLIA BANGUERO**, instauró demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL-ISS, en consecuencia, se condene a la UGPP a reconocer y pagar la bonificación por servicios prestados al momento de su retiro, de conformidad con el artículo 100 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, así como la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 del mismo texto convencional. Igualmente, se condene a la UGPP a ajustar las sumas adeudadas de conformidad con el IPC. Finalmente, se condene a la UGPP al pago de intereses moratorios, a lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, indicó que el 24 de agosto de 1994 fue nombrada por el ISS en el cargo de Profesional Especializado grado 34 8 horas ubicado inicialmente en la Gerencia Financiera Nacional/Apoyo, mismo que pertenecía a la categoría de Funcionario de Seguridad Social creado en la planta de personal mediante el Decreto 1652 de 1977. Señaló que estuvo afiliada al Sindicato de Trabajadores del Seguro Social desde el año 1997 hasta su retiro. Recalcó que la categoría de Profesional Especializado fue clasificado como trabajador oficial, mediante la sentencia C-579 de 1996, no obstante, el ISS siguió tratando su cargo como el de funcionaria de la seguridad social. Aseveró que en algunos meses de 1996, 1997, 1998, 1998, 2006, 2007 y 2008, el ISS le pagó un incremento por servicio, adicional a su asignación básica. Adujo que siempre desempeñó sus funciones en igualdad de condiciones a los demás trabajadores oficiales, bajo la subordinación y dependencia de sus jefes inmediatos, sin ejecutar actividades propias de la dirección. Esgrimió que el 22 de marzo de 2013, presentó un derecho de petición ante FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., quien contestó erróneamente, por lo que elevó nuevamente la solicitud el 04 de abril de 2013 y el 23 de septiembre de 2013. Afirmó que el 13 de marzo de 2015, el ISS liquidó y ordenó el pago de sus prestaciones sociales. Añadió que la UGPP se negó a reconocerle la pensión mediante la Resolución RDP 012449 del 30 de marzo de 2015 (fls. 2 a 19 y 167 a 184).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UGPP** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de la pretensiones argumentando que carece de legitimación en la causa para reconocer y pagar a la demandante, la bonificación por servicios prestados, toda vez que sólo tiene a su cargo el reconocimiento de derechos pensionales que hayan sido causados ante AFP's del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD o entidades públicas del orden nacional que hayan sido liquidadas. Preciso que de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, las pensiones convencionales se mantuvieron vigentes hasta el 31 de julio de 2010, pues se eliminó cualquier derecho diferente a los contenidos en el Sistema General de Pensiones, empero, para ese momento la demandante no había cumplido los veinte (20) años de servicio. Arguyó que no hay lugar al pago de intereses moratorios e indexación, toda vez que no ha existido causa injustificada para el no pago de la prestación, sino que ello se encuentra debidamente soportado en la ley. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «excepción de innominada», «excepción de buena fe», «imposibilidad

jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» y «prescripción» (fls. 191 a 200).

Mediante auto del 12 de septiembre de 2018, la A quo ordenó vincular a la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO –FIDUAGRARIA-, como vocera y administradora del ISS, tras considerar que una de sus funciones es atender y gestionar los procesos judiciales de la entidad extinta (fl. 234).

Una vez notificada, la FIDUAGRARIA contestó la demanda solicitando se absuelva al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN, a quien representa, toda vez que no fue vinculado a la Litis y menos aún, tiene la calidad de sucesor procesal del ISS. Aclaró que no es la sucesora genérica del ISS, pues se diferencia de las empresas públicas o privadas con las que se constituyeron los patrimonios autónomos de remanentes. Mencionó que es ajena a la posible relación que existió entre el ISS y la demandante, por lo que no tiene capacidad ni interés jurídico que haga necesaria su vinculación a la Litis. Arguyó que su actuar está delimitado por las normas y el contrato de fiducia celebrado con el extinto ISS, donde fue designada como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS, más no como sucesor procesal de la extinta entidad, en consecuencia, no le corresponde reconocer y pagar lo pretendido por la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de jurisdicción y/o competencia», «falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A.», «falta de legitimación en la causa por pasiva de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A.», «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe del ISS y del Patrimonio Autónomo de Remanentes-PARISS», «presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes», «cosa juzgada» y «excepción innominada» (fls. 253 a 259).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 06 de octubre de 2021, declaró que la demandante estuvo vinculada al ISS desde el 16 de septiembre de 1994 hasta el 03 de febrero de 2015 en calidad de trabajadora oficial. Por lo anterior, condenó a la UGPP a reconocer a la demandante la pensión de jubilación consagrada en el artículo 98 de la Convención Colectiva 2001-2004, a partir del 02 de febrero de 2015, en cuantía inicial de \$4.791.815 y por trece mesadas anuales. Igualmente, condenó a la UGPP a pagar a la demandante el retroactivo pensional causado desde el 03 de febrero de 2015 hasta el 30 de

septiembre de 2001, debidamente indexado y previo descuento de los aportes al sistema general de seguridad social en salud. De otro lado, condenó a la FIDUAGRARIA S.A. a pagar a la demandante \$8.002.540 por concepto de la bonificación consagrada en el artículo 103 de la Convención Colectiva del Trabajo. Finalmente, condenó en costas a la UGPP fijando una suma de \$14.200.000 como agencias en derecho.

Para arribar a tal conclusión, indicó que en tratándose de los servidores del ISS, son considerados empleados públicos quienes estaban adscritos al presidente, vicepresidente, secretario general, gerente y director, así como las actividades que se encuentran en la excepción prevista en el inciso 3 del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, cargos que no se ajustan al de la demandante, pues desarrolló sus labores para la Vicepresidente Financiera, Promotora de Salud y Administrativa, sin que haya ejercido actividades de dirección y confianza. Resaltó que el cargo de la demandante fue catalogado como funcionaria de la seguridad social hasta el 19 de noviembre de 1996, momento desde el cual, la naturaleza del cargo mutó a trabajadora oficial. Explicó que la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato de Trabajadores del Seguro Social, cobijaba a los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal de la entidad que estuvieran afiliados a la organización sindical o a quienes a pesar de no estar afiliados no renunciaran expresamente a los beneficios, haciendo que el instrumento convencional fuera aplicable a todos los trabajadores que no renunciaran a los beneficios, supuesto en el que encuadra la demandante por ser trabajadora oficial y no haber renunciado a los beneficios. Señaló que la Convención Colectiva establece que tienen derecho a la pensión de jubilación, los trabajadores oficiales que cumplan 20 años de servicios continuos o discontinuos en el ISS, una vez cumplan 50 años de edad para las mujeres y 55 años de edad para los hombres. En ese orden, manifestó que la actora inició a trabajar en el ISS el 16 de septiembre de 1994, cumpliendo 20 años de servicio, el mismo día y mes del año 2014, aunado a que, cumplió 50 años de edad el 24 de marzo de 2004. Preciso que el Acto Legislativo 01 de 2005 estatuyó que las condiciones pensionales acordadas en los laudos, convenciones o pactos colectivos estarían vigentes durante el termino inicialmente pactado y máximo hasta el 31 de julio de 2010, término que fue morigerado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ tras considerar que es posible extender los beneficios convencionales más allá de esa data, toda vez que las partes decidieron darle a tales disposiciones, mayor estabilidad en el tiempo y se convirtieron en derechos adquiridos y expectativas legítimas de adquirir el derecho conforme con las reglas convencionales. Explicó que la sentencia CSJ SL3335 de 2020 estableció que el

término de la convención colectiva en comento, se extendió hasta el 31 de diciembre de 2017, en consecuencia, la demandante tiene derecho a la pensión convencional, dado que cumplió con los requisitos el 16 de septiembre de 2014, siendo que el disfrute comienza desde su desvinculación al ISS, esto es, el 03 de febrero de 2015. De otro lado, argumentó que procede el pago de la bonificación por servicio consagrada en la Convención Colectiva, pues ella es propia de los trabajadores oficiales que se retiraron por haber adquirido el derecho a la jubilación, siempre que hubieran prestado sus servicios por mínimo 10 años continuos o discontinuos, precisando que al ser un beneficio laboral corresponde al empleador efectuar su pago, es decir al ISS, quien antes de su liquidación constituyó un patrimonio autónomo con el fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones que quedaran pendientes del proceso de liquidación, por lo que compete a FIDUAGRARIA reconocer el pago de la bonificación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la UGPP interpuso recurso de apelación, argumentando que, pese a que la demandante tenía casi 65 años de edad, no acreditó los 20 años de servicio al ISS para el 31 de julio de 2010. Mencionó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que la convención colectiva es fuente de derechos adquiridos mientras aquella conserva su vigencia, aclarando que una cosa es que el instrumento colectivo sea fuente de derechos adquiridos sujeta a un término de vigencia y otra que la misma como tal constituya un derecho adquirido. Arguyó que el Acto Legislativo 01 de 2005 implementó una serie de modificaciones en materia pensional, que afectaron el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y las condiciones establecidas en pactos o convenciones colectivas para acceder a las pensiones. Aseveró que el actuar de la entidad se ajustó a los postulados de la buena fe, tal como lo norma el artículo 83 de la Constitución Política, puesto que respondió de manera diligente todas las reclamaciones de la demandante y comunicó de manera oportuna todas las Resoluciones, circunstancias que deben ser consideradas al momento de la imposición de costas y agencias en derecho. Solicitó que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

A su vez, el apoderado judicial de la FIDUAGRARIA formuló recurso de apelación, arguyendo que, el del ISS fue liquidado el 31 de marzo de 2015, momento en el que se suscribió un contrato de fiducia mercantil para la creación del P.A.R.I.S.S., no obstante, desde el cierre del proceso de liquidación, todo lo relacionado con reconocimientos pensionales se encuentra a cargo de la administradora de

pensiones o de la UGPP, entidad que asumió las obligaciones pensionales en calidad de empleador. Explicó que la pensión que adquirió en su momento la demandante fue reconocida, aun cuando no estaba nombrada como trabajadora oficial, ni era reconocida como tal, por lo que el pago de la bonificación por servicios no tiene razón de ser. Aseveró que la jurisprudencia de las altas cortes ha reiterado la prohibición de extender más allá de la referida data, beneficios de carácter convencional, pues se ha dicho que las disposiciones convencionales rigieron hasta el 31 de julio de 2010, siendo la regla general que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no se puede acordar en pactos o convenciones colectivas, regímenes jurídicos diferentes a los establecidos en las leyes que regulan el sistema general de pensiones, tal como lo ordenó el legislador. Añadió que sólo tienen derecho a la pensión convencional, quienes cumplieron con los requisitos antes del 31 de julio de 2010.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde verificar inicialmente si la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial durante todo el tiempo que le prestó sus servicios al extinto Instituto de los Seguros Sociales – ISS; seguidamente se pasará a determinar por parte de la colegiatura si procede el reconocimiento pensional contemplado en el artículo 98 de la C.C.T. a pesar de que el tiempo de servicios y la edad los cumplió con posterioridad al 31 de julio de 2010, límite temporal fijado a las normas convencionales relacionadas con asuntos pensionales de conformidad con parágrafo 3º del Acto Legislativo 001 de 2005. Asimismo, habrá de verificarse si la actora tiene derecho a la bonificación consagrada en el artículo 103 de la Convención Colectiva del Trabajo.

CONSIDERACIONES

Son hechos probados que la demandante se vinculó con el extinto ISS desde el 16 de septiembre de 1994 hasta el 03 de febrero de 2015, según formato se advierte de la Resolución 9017 del 19 de marzo de 2015, por medio de la cual se liquida y ordena el pago de prestaciones sociales y cesantías definitivas de la actora, para un total de 20 años, 4 meses y 20 días (CD fl. 201).

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, debe recordarse que la jueza de primera instancia consideró que la demandante tuvo la calidad de trabajadora oficial por el hecho de que el cargo desempeñado corresponde a quienes estaban adscritos al presidente, vicepresidente, secretario general, gerente y director, así como las actividades que se encuentran en la excepción prevista en el inciso 3 del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, pues desarrolló sus labores para la Vicepresidente Financiera, Promotora de Salud y Administrativa, sin que haya ejercido actividades de dirección y confianza; además, que el cargo de la demandante fue catalogado como funcionaria de la seguridad social hasta el 19 de noviembre de 1996, momento desde el cual, la naturaleza del cargo mutó a trabajadora oficial.

Así pues, para verificar si la demandante ostentó tal calidad debe indicarse que muy a pesar que la demandante en su demanda solicitó la existencia de contrato de trabajo en calidad de trabajadora oficial por todo el tiempo laborado, dicha calidad se determina por virtud de la ley, que no por la voluntad de las partes, pues aquella es la que define cuándo un servidor público es trabajador oficial o empleado público, por lo que incluso el trato como trabajador oficial que eventualmente haya dado la entidad empleadora, no es criterio válido para definir tal aspecto. Es por ello que, en este proceso, la Sala debe dilucidar ese primer aspecto, para luego discernir, solo en caso positivo, si es beneficiaria de los derechos solicitados, tal como reiteradamente lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de marzo 19 de 2004, Radicaciones 19960 y 21403, del 11 de agosto de 2004, Radicación 21494, del 21 de septiembre de 2006 Rad. 27146 entre muchas otras).

En efecto, en el análisis de tales parámetros eminentemente jurídicos y no fácticos, más aún cuando, como en el caso presente, la entidad demandada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3135 de 1968 tienen una planta de personal mixta entre empleados públicos y trabajadores oficiales, exige imperativamente del Juez una previa verificación normativa.

En este ejercicio, se considera pertinente revisar las disposiciones que definieron el régimen legal de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, desde la expedición del Decreto 1651 de 1977, que en su art. 3º, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, el cual, en su artículo 3º estableció:

Art. 3º.- Funcionarios. *Serán empleados de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad. Tales funcionarios se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas en las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: Aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte.

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, (...). (Resaltado fuera del texto original).

Posteriormente, mediante Decreto 2148 de 1992, se estableció que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS– era una Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente y vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968: «Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos», es decir, que salvo disposición expresa, la regla general, es que el personal de esas entidades funge como trabajadores oficiales.

Así, en ejercicio de las facultades que le otorgó el numeral 13 del artículo 9º ibidem, el mencionado ente adoptó sus estatutos mediante el Acuerdo 003 de 1993, en cuyo artículo 33 dispuso la siguiente clasificación para sus servidores:

«Artículo. 33.- Son empleados públicos:

1. El Presidente del Instituto;
2. El Secretario General;
3. Los Subdirectores Nacionales;
4. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local;
5. Los Asistentes de la Dirección General;
6. Los Gerentes Seccionales;
7. Los Subgerentes Seccionales;

8. Los Secretarios Generales Seccionales;
9. Los Directores de Unidad Programática Institucional;
10. Los Directores de Unidad Programática Local;
11. Los Directores de Unidad Programática Zonal;
12. Los directores de Unidad Programática de Naturaleza Especial;
13. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
14. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
15. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
16. Los Directores de Clínica u Hospital;
17. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales;
18. Los Aprendices;
19. Los Capellanes, y
20. Los practicantes.

Parágrafo Transitorio. Los demás servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o trabajadores oficiales, hasta tanto se adopte la estructura y la planta de personal».

A su vez, el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 determinó que los trabajadores del ISS mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social y, en su artículo 275 definió a esa entidad como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, señalando que «el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977».

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1754 de 1994, señaló lo siguiente:

«El artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, quedará así:

Artículo 33. Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

Son empleados públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la Planta de Personal del ISS:

Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Gerente I, Gerente II, Gerente III, Gerente IV, Gerente V, Gerente VI, Gerente VII, Gerente VIII, Gerente IX, Gerente X, Gerente XI, Asesor y Director I y Director II.

Son Funcionarios de Seguridad Social discrecionales, las personas que desempeñen los cargos que a continuación se señalan:

Gerente Grado 38 y Gerente Grado 39, Secretario Seccional, Director Grado 38 y Grado 39, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán, Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales Administrativos (regente de farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de equipo médico y odontológico, de máquinas y equipos, mecánica, electricidad, supervisor de obra).

Igualmente son cargos discrecionales los de despachos de los empleados públicos.

Son cargos de carrera de Funcionarios de Seguridad Social los demás.

Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan:

Ayudante (Operador de Calderas, Operador de Máquinas, Acarreador, ascensorista, Empacador, Aseo, Cafetería, Lavandería y Ropería, Mantenimiento, Alimentación a Pacientes, Jardinero, Cocina), Conductor, Mecánico de Ambulancias y Portero».

No obstante, mediante sentencia C-579/1996, la Corte Constitucional declaró inexecutable el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1651 de 1977. Dicha providencia, fue clara en establecer que ésta sólo producía efectos *ex nunc*, esto es, que sólo produciría efectos hacia el futuro, es decir a partir de su ejecutoria.

Ahora, el Decreto 416 de 1997, mediante el cual se aprobó el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997 emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, y que se encuentra vigente, dispone que los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales y a continuación precisa qué cargos serían considerados *empleados públicos*, así:

«**A. Son Empleados Públicos**, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

1. *Presidente del Instituto.*
2. *Secretario General y Seccional.*
3. *Vicepresidente.*
4. *Gerente.*
5. *Director.*
6. *Asesor.*
7. *Jefe de Departamento.*
8. *Jefe de Unidad.*
9. *Subgerente.*
10. *<Numeral NULO> Coordinador Clase 1, II, III, IV y V.*
11. *<Numeral NULO> Jefe de Sección*
12. *<Numeral NULO> Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud*
13. **Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.**

B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos».

Del anterior barrido normativo y de lo resuelto por la Corte Constitucional en la aludida sentencia CC C-579 de 1996, que fijó sus efectos a partir de la ejecutoria de la misma, lo cual tuvo ocurrencia el 20 de noviembre de 1996, se colige que la demandante tuvo la calidad de funcionaria de la seguridad social entre el 16 de

septiembre de 1994 y el 19 de noviembre de 1996 -esto es, por espacio de 2 años, 2 meses y 4 días-, pues a partir del día siguiente -y hasta el 03 de febrero de 2015-, fue trabajadora oficial, de acuerdo a la regla general consagrada en el inciso 2 del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, máxime, cuando el cargo desempeñado como Profesional Especializado no corresponde a ninguna de las excepciones establecidas en el último de los decretos mencionados para así ser considerada como empleada pública (Al respecto ver entre otras muchas la sentencia CSJ SL6494-2015, reiterada, entre otras, en las providencias CSJ SL15623-2017, CSJ SL2041-2018, CSJ SL3837-2018 y CSJ SL130-2020).

En ese sentido, es claro que en virtud de esa última vinculación como trabajadora oficial se colige que fue beneficiaria de la C.C.T. de trabajo suscrita entre el ISS y el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, vigente del 31 de octubre de 2001 al 31 de octubre de 2004, según documental visible a folios 142 a 163, allegada con los requisitos legales contemplados en el artículo 469 del C.S.T. Tal circunstancia abre paso a que se estudie si la demandante tiene o no derecho a la pensión consagrada en el artículo 98 de dicho acuerdo colectivo.

La disposición convencional en cita contempla el reconocimiento de una pensión de jubilación al trabajador oficial que cumpla 20 años de servicios continuos o discontinuos, y para éste asunto, las mujeres cumplir 50 años de edad, además debe resaltarse que contempla límites temporales para el cálculo del IBL así, en primer lugar a quienes se jubilen entre el 1º de enero de 2002 y 31 de diciembre de 2006, el 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio, en segundo lugar a quienes se jubilen entre el 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2016, el 100% del promedio de lo percibido en los últimos 3 años de servicios, y el tercero, que es la modalidad solicitada en el introductorio, es para quienes se jubilen a partir del 1º de enero de 2017, el 100 % del promedio mensual de lo percibido en los 4 últimos años de servicios.

La anterior norma convencional en virtud de lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005 rigió hasta el 31 de julio de 2010, pero debe advertirse que el párrafo tercero del Acto Legislativo 001 de 2005, fijó la vigencia de las convenciones colectivas de trabajo al 31 de julio de 2010, respetando en todo caso los derechos adquiridos a esa fecha y la situación de quienes tenían una expectativa legítima de acceder a la pensión, de acuerdo con las condiciones establecidas en pactos o convenciones vigentes a la entrada en vigor del Acto Legislativo, entendimiento que ofreció la H. Corte Constitucional en la sentencia SU - 555 de 2014 en el aparte 3.7.4., acorde con la Recomendación del Comité de

Libertad Sindical, aprobado por el Consejo de Administración de la OIT, y por lo tanto con fuerza vinculante, tal como se determinó en la aludida sentencia, que los pactos válidos celebrados antes de la norma constitucional no pueden indefectiblemente expirar el 31 de julio de 2010, pues en el caso de haberse pactado una vigencia posterior, no puede modificarse unilateralmente lo pactado entre las partes, pues sería contraria a los principios de la negociación colectiva así como al principio de los derechos adquiridos por las partes (aparte 3.6.4.1.).

Quiere decir lo anterior, que sí fue una disposición de las partes al momento de negociar los términos convencionales el quedar establecido una vigencia temporal posterior al 31 de julio de 2010, tal pacto debe ser respetado por el periodo determinado por ellos, conclusión ésta que resulta del entendimiento literal parágrafo 3º del Acto Legislativo 001 de 2005, que encontró ajustada la Corte Constitucional con la Recomendación del Consejo de Administración de la OIT, además dicha interpretación resulta acorde con lo dispuesto por la H. Sala Laboral de las CSJ, tal como se expuso en la reciente sentencia SL 12498 de 2017, por lo que con base en los criterios antes expuestos, se concluye que si fue una expresa y clara disposición de las partes celebrantes del acuerdo convencional pactar una vigencia con efectos posteriores al 31 de julio de 2010, de conformidad con el criterio de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, debe respetarse lo pactado.

Dicha regla se cumple en el caso de autos, pues en la C.C.T. suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL fue pactada su vigencia en el artículo 2º desde el 31 de octubre de 2001 y su finalización el 31 de octubre de 2004, salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente (fl. 161), dicho postulado permite concluir que adicional a la fecha fijada como vencimiento, estaban facultadas las partes para establecer uno distinto frente a un particular tema prestacional, con lo que se evidencia la facultad de extender prerrogativas más allá del 31 de octubre de 2004.

Con base en esa facultad, se considera válido y admisible la interpretación ofrecida respecto del artículo 98 de la C.C.T., en tanto y en cuanto los requisitos pensionales en las distintas modalidades de IBL, se extendieron en el tiempo, por lo menos, hasta el 1º de enero de 2017, fecha última en la que se contempló la posibilidad del reconocimiento pensional.

Ello se afirma del entendimiento literal del numeral 3º del artículo 98 de la C.C.T., del que se tiene que se ofrecieron distintos márgenes temporales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, el primero para quienes adquieran los

requisitos entre el 1º de enero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2006, quienes tendrían la posibilidad de obtener una tasa de reemplazo del 100% sobre el promedio mensual percibido en los 2 últimos años de servicios, el segundo para quienes se jubilen entre el mes de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2016, los cuales obtendrían una tasa de reemplazo del 100% calculado sobre el promedio mensual devengado en los últimos 3 años de servicios, y la tercera y última, es para quienes se jubilen a partir del 1º de enero de 2017, a quienes se le aplicará una tasa de reemplazo del 100% sobre el promedio salarial devengado en los últimos 4 años de servicios.

De lo anterior, se tiene que por lo menos de la norma convencional se sigue que resulta válido interpretar que las partes pactaron la vigencia del reconocimiento de la pensión de jubilación por lo menos hasta el 1º de enero de 2017, toda vez que no sería consecuente con lo expuesto otra manera de entenderse tal cláusula en la que se hubiere pactado espacios temporales para determinar la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación de esta puntual prestación, eso sí, hasta la citada fecha es admisible dicha interpretación, pues no se ofreció otro margen temporal a futuro, por lo que resulta válido afirmar que los requisitos exigidos en la norma convencional, que no son otros que los 20 años de servicios y los 50 años de edad para las mujeres, pueden cumplirse o satisfacerse, sin desconocer el acto legislativo 01 de 2005, hasta la fecha antes dicha, pues se pactó una fecha posterior al límite constitucional fijado por el constituyente en el parágrafo 3º del Acto Legislativo 001 de 2005.

La anterior interpretación, como se aprecia, resultó del entendimiento literal de la norma, argumento que resulta no solo serio y jurídicamente atendible a la luz del reconocimiento de los derechos individuales pactados en respeto del derecho de asociación sindical, sino que también resulta viable al presente asunto en aplicación del principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 21 del C.S.T., por lo tanto, al resultar válida y admisible esta interpretación del sentido y alcance del texto convencional respecto de la extensión de los efectos de sus normas en un tiempo incluso posterior al 31 de julio de 2010, si ello hubiere sido así pactado, de acuerdo con la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que éste derecho no puede ser desconocido de tajo por el juzgador y menos aún por el entendimiento que quiere la entidad demandada que se le asigne.

Tal facultad fue ratificada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL-3635-2020, considerándose válida y admisible la interpretación aquí expuesta.

En este orden de ideas, verificado el tiempo de servicios de la actora como trabajadora oficial, se concluye que la demandante NO reúne los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en los términos del artículo 98 de la C.C.T., toda vez que si bien cumplió la edad de 50 años el 24 de marzo de 2004, no tenía reunidos los 20 años de servicios que exige la norma convencional en calidad de trabajadora oficial, pues al finalizar su relación laboral el 03 de febrero de 2015 tenía un total de 18 años, 2 meses y 15 días en tal calidad, de lo que se colige que NO cumplió los requisitos extralegales dentro de la vigencia de la norma convencional, conforme a los argumentos expuestos en precedencia.

Al respecto y como argumento de sustentación a lo anteriormente expuesto, es de recordar que la línea jurisprudencial laboral ha señalado consistentemente que para alcanzar dicha prestación convencional, el tiempo de servicios debe completarse en su totalidad como trabajador oficial; así por ejemplo en sentencia CSJ SL6494-2015, el Alto Tribunal asentó:

«[...] advierte la Sala que el citado art. 98 de la convención colectiva de trabajo dispone:

El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación (...) Las primas, viáticos, viáticos sindicales y subvenciones que reciba el trabajador, constituyen factor de salario en la proporción que señala la ley. (Resaltado fuera del texto original)

*De la lectura de tal norma convencional se tiene que uno de los viables entendimientos de la misma, consiste en que el tiempo de servicio y la edad del laborante son presupuestos indispensables para acceder al derecho pensional y **que los dos supuestos deben cumplirse en calidad de «trabajador oficial»** y en este caso concreto, el actor no alcanzó a completar el tiempo de 20 años de servicios».*

Tal criterio también fue expuesto en la sentencia CSJ SL4378-2018, que reiteró las sentencias CSJ SL12348-2014 y CSJ SLo40-2018, señalando *que la pensión convencional reclamada, es viable, siempre y cuando se haya causado durante el tiempo en el cual los demandantes ostentaron la calidad de trabajadores oficiales*; resaltándose lo expuesto en lo última de las decisiones en cita, en tanto y en cuanto, *«se ha construido desde el punto de vista fáctico, teniendo en cuenta que el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, razonable y*

objetivamente entendido, obliga a que el respectivo servidor cumpla los requisitos de edad y tiempo de servicios mientras mantiene la naturaleza jurídica de trabajador oficial[...]».

Ahora, precisa la Sala que si bien en los casos analizados por el Alto Tribunal se trata de servidores que mutaron, en virtud de la escisión del Decreto 1750 de 2003, de trabajadores oficiales a empleados públicos y que alcanzaron 20 años de servicios en la distintas Empresas Sociales del Estado, *mutatis mutandi* tal criterio resulta perfectamente aplicable al caso de marras, pues en esas oportunidades se ha establecido que, para tener derecho a que se le concediera la prestación contenida en dicha disposición, se requería que completara los 20 años de servicios, mientras tuviera la condición de trabajador oficial, lo cual no ocurrió, dado que tal requisito se cumplía precisamente con el tiempo laborado en calidad de empleado público, mientras que en este caso los 20 años de servicios se completan con la fase inicial de su vinculación laboral, pero como servidora pública vinculada por una relación legal y reglamentaria, lo cual desde luego impide que pueda beneficiarse de prerrogativas convencionales propias de los trabajadores oficiales.

Por lo tanto, se REVOCARÁ íntegramente la decisión de primera instancia, incluyendo la bonificación por retiro, pues esta pendía de la pretensión jubilatoria y por evidente sustracción de materia resulta inane adentrarse en su estudio. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primer grado corren a cargo de la parte actora dadas las resultados del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

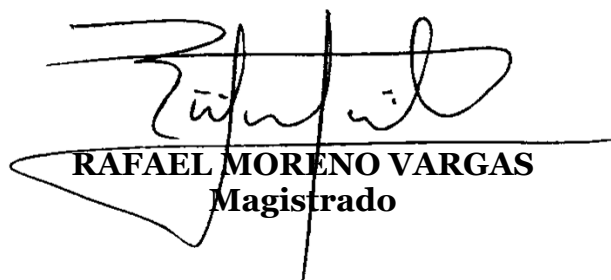
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P.** y a la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO-FIDUAGRARIA** en su calidad de administradora del PAR ISS de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la parte actora, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron. Las de primera instancia a cargo de la demandante, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

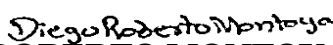
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS**

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de LUZ ELBY MORA USAQUEN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Rad. 110013105-022-2017-00752-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de mayo de 2021. De igual manera se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **LUZ ELBY MORA USAQUEN** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se le reliquide la pensión especial de vejez por hijo inválido, por cumplir con los requisitos de conformidad con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, con el porcentaje correspondiente, el aumento de la mesada pensional y teniendo en cuenta la prescripción trienal desde que solicitó la reliquidación de la pensión y hasta que se verifique su pago. Que se realice la corrección de la historia laboral para poder realizar la reliquidación solicitada, la indexación, lo ultra y extra petita, más las costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que nació el día 14 de junio de 1954 y comenzó a cotizar al ISS desde el 23 de febrero de 1970 hasta el día 30 de abril de 2005 cotizando 1.505 semanas. Añadió que solicitó el reconocimiento de

pensión especial de vejez por hijo invalido, lo cual fue concedido mediante Resolución 018214 del 03 de mayo de 2006, en una cuantía de \$519.690 y a partir del 01 de febrero de 2006, siendo reliquida mediante Resolución 0015424 del 17 de abril de 2007, efectiva a partir del 01 de mayo de 2005. Posteriormente, solicitó a COLPENSIONES la corrección de su historia laboral, por no aparecer 122 semanas cotizadas desde el 02 de agosto de 1971 hasta el 06 de diciembre de 1973, pero que dicha corrección no fue realizada. Arguyo haber solicitado la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta que cotizó 1505 semanas y que se encontraba en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En ese orden, adujo que mediante Resolución GNR 248728 del 24 de agosto de 2016 le negaron la reliquidación, manifestando que se pensionaba con 57 años de edad y se aplicaría la Ley 797 de 2003, por lo que, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. No obstante, COLPENSIONES negó tal solicitud mediante Resoluciones No. GNR 336179n del 12 de noviembre de 2016 y VPB 407 del 04 de enero de 2017 (fls. 27 a 39).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto, que la demandante sería beneficiaria del régimen de transición, sin embargo destacó que, con el fin de aplicar la figura de la pensión especial de vejez para las madres de hijos en condición de discapacidad, fue necesario aplicar la normatividad estipulada en la Ley 797 de 2003, con el fin de que la demandante pudiese entrar a disfrutar de su pensión a partir del cumplimiento de los 50 años de edad, teniendo en cuenta que no es posible reconocerle a la accionante una pensión de vejez ordinaria, atendiendo a las mismas semanas que fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión especial de vejez que le fue reconocida a partir del año 2005, señaló que, no es procedente un reconocimiento pensional sobre una pensión que ya fue efectivamente reconocida, pues de acceder a ello se configuraría como la desnaturalización de la protección de la cual es beneficiaria. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago de I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria», «pago», «carencia de causa para demandar», «compensación», «prescripción», «innominada o

genérica» y «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» (Fls. 44 a 60).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 19 de mayo de 2021, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá declaró que la demandante LUZ ELBY MORA USAQUEN prestó sus servicios a favor de ALMACENES JOTA GÓMEZ LTDA, del 02 de agosto de 1971 al 06 de diciembre de 1973, declaró que, la accionante tiene derecho a la reliquidación de la pensión especial de vejez por hijo invalido, a partir del 1º de mayo de 2005, en cuantía inicial de \$562.899, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de la reliquidación de las mesadas pensionales anteriores a 6 de julio de 2013. Ordenó a COLPENSIONES, registrar en la historia laboral de la demandante las semanas correspondientes a los periodos de cotización de 02 de agosto de 1971 al 06 de diciembre de 1973, teniendo en cuenta los salarios reportados en certificado de afiliación y condenó a COLPENSIONES a pagar las diferencias pensionales causadas a partir del 16 de julio de 2013.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que conforme a la línea jurisprudencial establecida, como beneficiaria del Régimen de Transición, frente a la densidad de cotizaciones y el monto, debió efectuarse la liquidación teniendo en cuenta los postulados previstos en el Acuerdo 049 de 1990, máxime que, para el momento en que cesaron las cotizaciones, contaba con 1506 semanas, teniendo en cuenta lo registrado en la historia laboral de la demandante, así entonces, frente al IBL de la pensión de vejez de los beneficiarios del Régimen de Transición, mencionó que este se calcula conforme al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no obstante, explicó que a la demandante al momento de entrar en vigencia dicha Ley, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, por lo que el IBL se establece conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, indicó que, la liquidación más favorable corresponde a la efectuada en los últimos 10 años, por lo que, en efecto, la demandante tiene derecho a la reliquidación solicitada, en vista de que en la mesada pensional reconocida y la analizada por el Despacho halló una diferencia a favor de la demandante, expresó que, respecto de la excepción de prescripción, entre la Resolución que reconoció la pensión y la reclamación de la liquidación pasaron más de 3 años, luego, no se interrumpieron esas diferencias pensionales causadas al 6 de julio del 2013, así que, la actora tendría derecho a la reliquidación de la mesada pensional a partir de esa fecha, previo los descuentos a los que haya lugar.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, reiterando los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, expresando que se transgrede el principio de inescindibilidad de la Ley, puesto que, la pensión especial de vejez reconocida por las circunstancias de hijo invalido, se hizo por lo regulado en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, adujo que, al haber recibido una prestación pensional normada en una Ley posterior a la cual le fue reliquidada la pensión por parte de A quo, se vulneraría el principio mencionado. Añadió que, aplicarle una normatividad anterior para realizar una reliquidación pensional afectaría la seguridad jurídica, ya que la actora no podría usar las semanas de diferencia para una prestación posterior, finalmente, señaló que, respecto al Acuerdo 049 de 1990, en concordancia Régimen de transición la demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede el reajuste pensional deprecado respecto de la pensión anticipada especial por vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990, determinando para tal efecto si es posible contabilizar como semanas válidamente cotizadas a los riesgos de IVM los periodos cotizados entre el 11 de noviembre de 1992 y el 31 de julio de 1994.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandante le fue reconocida la pensión especial de vejez por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, mediante la Resolución No. 018214 del 03 de mayo de 2006, a partir del 01 de febrero de 2006, en cuantía inicial de \$519.690, lo anterior por tener un hijo inválido, en los términos establecidos en el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y por haber cotizado 1.000 semanas en cualquier tiempo; tal acto

administrativo fue modificado por la Resolución 0015424 del 17 de abril de 2007 en el sentido de conceder la prestación a partir del 1° de mayo de 2005 (fls. 3 a 6). De igual modo se encuentra acreditado que la demandante nació 14 de junio de 1954, de modo que en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ostenta la calidad de beneficiaria del régimen de transición, pues contaba con 39 años de edad al 1° de abril de 1994.

Determinado lo anterior, se procede al estudio puntual de los reparos indicados en la alzada por parte de COLPENSIONES, así como el grado de consulta que le asiste en los términos del artículo 69 del CPTSS; para lo cual, debe precisarse inicialmente en torno a tener en cuanto los periodos correspondientes al 02 de agosto de 1971 y el 06 de diciembre de 1973 que se encuentran reflejados en la historia laboral tradicional aportado a folio 19. En aras de dilucidar la eficacia probatoria de las historias laborales aportadas al proceso, es de advertir que en principio y como lo tiene decantado la jurisprudencia laboral, *«la eficacia probatoria de un documento depende de la posibilidad de saber a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de valoración probatoria y la sana crítica previstas en el Código General del Proceso y en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social»* (CSJ SL5170-2019).

Con relación al tema de la valoración probatoria de las historias laborales, la abundante doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que bien parece una excepción a la antedicha interpretación, ha venido otorgando eficacia probatoria, verbigracia, a una historia laboral sin firma, que no haya sido refutada expresamente por la parte a quien se opone o de quien se pretende derivar efectos, o debido a la conducta procesal del ISS, hoy COLPENSIONES, advirtiendo que en esos casos podía atribuirse su autoría a dicha entidad, toda vez que, como se dijo en la sentencia CSJ SL14236-2015, al dar respuesta a la demanda aludió a su contenido, no la tachó y se apoyó en ella para construir su defensa. En todo caso, se concluyó en esa oportunidad que *«La autenticidad de un documento es una cuestión que debe ser examinada caso por caso, de acuerdo con i) las reglas probatorias de los estatutos procesales, o, en su defecto, con ii) las circunstancias del caso, los elementos del juicio, las posiciones de las partes y los signos de individualización que permitan identificar al creador de un documento, de ser ello posible»*.

Tal postura se ha venido reiterando entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL5170-2019, SL2783-2020, SL2794-2020, SL1853-2020 y SL1003-2020, indicando entre otros aspectos que la falta o carencia de una rúbrica por parte del funcionario que expide la historia laboral, no puede afectar negativamente el mérito probatorio que regularmente tienen este tipo de elementos de convicción (CSJ SL10115-2014), máxime si la entidad a la que se le opuso y se adujo haberla expedido, no formuló reparo alguno sobre la misma, tampoco la tachó ni la desconoció dentro de las oportunidades procesales respectivas, otorgándole autenticidad con tal actitud pasiva; además, la autenticidad de dichos documentos puede inferirse razonablemente de otros distintivos o características que el documento contenga, como por ejemplo el nombre de la entidad que lo elaboró, el logotipo, o símbolo que usualmente la identifica ante terceros, entre otras signos o particularidades que permitan individualizarla.

En todo caso, el Alto Tribunal ha dejado claro que ello no significa que el juez no pueda en determinadas circunstancias advertir o desconfiar o tener sospechas sobre la autenticidad de un documento. De hecho, es válido que las tenga, siempre que sean objetivas y razonables. Cuando así sea, está en la obligación de pedir la prueba a la entidad administradora de pensiones para disipar esas dudas y fallar conforme a la verdad real (CSJ SL-5170-2019).

En el caso sub examine, la controversia planteada inicialmente se contrae a determinar si es posible contabilizar como semanas válidamente cotizadas a los riesgos de IVM los periodos cotizados entre el 02 de agosto de 1971 y el 06 de diciembre de 1973 por el demandante a través de la empresa ALMACENCES JOTAGOMEZ LTDA, ello amparado en la historia laboral aportada con la demanda y que fuera expedida por el extinto ISS el 06 de enero de 1995, donde se relacionan las novedades registradas a partir del 02 de agosto de 1971 (ingreso) y del 06 de diciembre de 1973 (retiro) verificándose el respectivo número de aportante reportándose los salarios respectivos para cada año, documento que de igual modo se encuentra suscrito por funcionarios del ISS. No obstante lo anterior, en las historias laborales expedidas por COLPENSIONES no se encuentran tales periodos de cotización, pues allí se indica que la demandante comenzó a cotizar el 23 de febrero de 1970 con el empleador TICOSA S.A. hasta el 23 de enero de 1971, luego con el empleador HIDROFRENOS LTDA a partir del 10 de junio de 1974. Pese a ello, estima la Sala que se debe dar validez a la historia laboral tradicional pues cuenta con elementos de convicción que dan lugar a tener por cierto que sí hubo prestación personal del servicio para ese empleador, que reportó ingresos,

retiros, salarios para los riesgos de IVM, por lo que deben tenerse en cuenta esos periodos, que en todo caso, en nada afectaban el reconocimiento pensional pues la demandante tenía cotizadas, sin tener en cuenta esos periodos, un total de 1.383,86 semanas al 30 de abril de 2005.

Ahora bien, en lo que refiere al reajuste pensional deprecado, estima COLPENSIONES que no se debe dar aplicación al régimen de transición porque este asunto trata de una pensión especial de vejez de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, argumento que desde ya se anuncia no tiene vocación de prosperar.

En efecto, como ya se explicó, la actora disfruta actualmente de la pensión consagrada parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, modificatoria del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, conviene recordar lo que esta norma consagra:

*«La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, **siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.** Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo (Subrayas fuera de texto).*

De lo anterior, se colige que el afiliado que pretenda el reconocimiento de la pensión especial de vejez, debe acreditar: **i)** las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, en el número mínimo exigido en el Régimen de Prima Media para acceder a la pensión de vejez; **ii)** que el descendiente padezca una invalidez debidamente calificada y **iii)** que ese hijo dependa económicamente de su progenitor.

Sobre la exigencia de cotizaciones necesarias para acceder a tal derecho pensional especial, La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL4032-2018, reiterada en la CSJ SL2072-2021 y SL2723-2021, enseñó:

«Pues bien, por su carácter de especial, la pensión de vejez por hijo inválido constituye una excepción a la regla general que para la causación de la pensión de vejez exige una edad y un número de cotizaciones determinados -en el régimen de prima media-, y un capital suficiente en la cuenta de ahorro pensional para sufragar una mesada equivalente al 110% de un SMLMV –en el régimen de ahorro individual con solidaridad-. Es por esta razón que a la prestación reclamada se puede acceder a cualquier edad, sin distinción del

régimen al que pertenezca el afiliado (C C-758-2014), siempre que se acredite la invalidez del hijo, su dependencia económica y haber aportado las semanas que, como mínimo, se exigen en el régimen de prima media para pensionarse por vejez.

En cuanto al último requisito, es claro que la norma toma como referente el número de semanas necesarias para pensionarse en **el régimen de prima media, el cual fue concebido mediante la Ley 100 de 1993**. Sin embargo, no puede olvidarse que en ese puntual aspecto el sistema pensional instaurado con la ley en mención ha sufrido variaciones legislativas y que **muchos de sus afiliados son beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 ibídem**, por el cual conservan las condiciones pensionales establecidas en leyes anteriores, en cuanto edad, tiempo y monto.

Pues bien, en la sentencia CSJ SL, 18 ago. 2010, rad. 32204, la Corte tuvo oportunidad de advertir que la referencia que hace el legislador al mínimo de cotizaciones exigidas en el régimen de prima media, fue «un parámetro que se utilizó para precisar con exactitud el número de semanas de cotización que se exigen para acceder al derecho especial, que guarde correspondencia con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de tal manera que del derecho se pueda gozar solamente cuando el afiliado cumpla con una densidad de cotizaciones suficiente para financiar la pensión».

Es decir, según la disposición **no bastan las 1.000 semanas previstas originalmente en el proyecto de ley, sino las que, como mínimo, se exigen en el régimen de prima media**. Así, cuando el legislador aludió a dicho régimen no lo hizo con un fin restrictivo –pues la prestación también es agible en el régimen de ahorro individual- sino para armonizar el requisito de densidad de semanas con el de las pensiones ordinarias, que en tal aspecto se rigen por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, que previó incrementos anuales en el número de cotizaciones y que, además, creó la pensión especial que se reclama.

También resulta viable remitirse al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para constatar el número de aportes requeridos, pero, únicamente, en tratándose de un beneficiario del régimen de transición, toda vez que si la densidad de semanas se determina según lo establecido en el régimen de prima media, lo cierto es que el acuerdo emanado del ISS hace parte de dicho régimen, conforme al artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

[...]

En tal contexto, cuando el párrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 apunta al mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, se refiere a dos hipótesis: **la primera, dirigida a los que no poseen derechos de transición, para quienes rige el número de aportes establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras, por la propia Ley 797 de 2003 y, la segunda, a los beneficiarios del régimen de transición, quienes deberán acreditar las semanas exigidas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990**, pues conforme a la Ley 100 de 1993 a estas personas les aplica el régimen al cual se encontraban afiliados al 1.º de abril de 1994, en materia de densidad de cotizaciones, edad y monto.

Lo anterior, sin olvidar que el único estatuto anterior a la Ley 100 de 1993 admisible para definir densidad de cotizaciones para pensión especial de vejez, será el Acuerdo 049 de 1990, en tanto está cobijado en el régimen de prima media con prestación definida, tal como quedó explicado.

De esta forma, los potenciales beneficiarios de la pensión especial tantas veces mencionada, deben cumplir con el mínimo de contribuciones exigido en el régimen de reparto simple, de acuerdo al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, salvo si son beneficiarios del régimen de transición, para quienes rige la densidad de aportes establecida en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, siempre que estuvieran afiliados al régimen de los seguros sociales obligatorios para el 1.º de abril de 1994» (Subrayas fuera del texto).

En ese orden de ideas, cuando el párrafo 4.º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 alude al mínimo de semanas exigido en el Régimen de Prima Media para acceder a la pensión de vejez, se refiere a dos situaciones: los afiliados que no gozan del régimen de transición, deben reunir el número de cotizaciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, en tanto que los beneficiarios del régimen de transición tendrán que acreditar la densidad de semanas exigidas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y en esa medida, hay lugar a verificar la prestación bajo tal hipótesis.

Determinado lo anterior y advirtiéndolo que la demandante es beneficiaria del régimen transitorio en mientes, es claro que a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para el 01 de mayo de 2005 cuando se le concede la prestación especial, contaba con más de 1.000 semanas como ya se anunció, de modo que es viable verificar la liquidación de la misma en esos términos. Al respecto, advierte la Sala que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1º de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2º de la citada regulación permite su cálculo con base en lo

¹ Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.

devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas².

En ese orden de ideas, acogiendo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, se tiene que la demandante cumplió la edad exigida por el Acuerdo 049 de 1990 al cumplir los 60 años de edad, el 08 de marzo de 2010, pues nació el mismo día y mes del año 1950, fecha que permite colegir que la causación del derecho se dio vencidos los 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que permite concluir que la liquidación del IBL debe ser realizada de conformidad con lo reglado por el artículo 21 ibidem, situación que por la densidad de cotizaciones acreditada y aceptada por la demandada (1.303), viabiliza realizar su cálculo con base en el promedio salarial devengado en toda su vida laboral o con los últimos 10 años, número de cotizaciones que también permite concluir que a la actora le asiste derecho a que la tasa de reemplazo sea calculada con un 90% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, en aras de determinar si el cálculo efectuado por COLPENSIONES es correcto, se procedió a realizar las operaciones de rigor, estableciéndose que para el año en que se causó el derecho y fue igualmente reconocido, esto es, al 01 de mayo de 2005, el cálculo arrojó un IBL más favorable teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de su vida laboral de \$578.619,85, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 90%, arrojando una mesada pensional de \$520.757,87 para el año 2005 cifra que es inferior a la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES en su momento, pues ascendió en esa anualidad a la suma de \$495.651, e igualmente inferior a la concedida por el juez a quo (\$562.899), razón por la cual habrá de modificarse lo allí decidido, por revisarse la decisión en el grado de consulta en favor de COLPENSIONES. Lo anterior según el siguiente cuadro, correspondiente a la liquidación efectuado por el actuario asignado a esta Corporación por parte del Consejo Superior de la Judicatura:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1990	143	5,780	55,99	9,687	\$ 89.070,00	\$ 862.807,84	\$ 4.112.717,36
1991	63	7,650	55,99	7,319	\$ 89.070,00	\$ 651.899,25	\$ 1.368.988,44
1992	184	9,700	55,99	5,772	\$ 70.260,00	\$ 405.552,31	\$ 2.487.387,50
1993	151	12,140	55,99	4,612	\$ 89.070,00	\$ 410.793,19	\$ 2.067.659,05
1994	26	14,890	55,99	3,760	\$ 170.000,00	\$ 639.241,10	\$ 554.008,95
1995	360	18,250	55,99	3,068	\$ 228.194,75	\$ 700.088,99	\$ 8.401.067,87

² Sentencia 40552 del 1º de marzo de 2011.

1996	360	21,800	55,99	2,568	\$ 317.166,58	\$ 814.594,36	\$ 9.775.132,29
1997	129	26,520	55,99	2,111	\$ 338.333,00	\$ 714.301,08	\$ 3.071.494,65
1998	110	31,210	55,99	1,794	\$ 269.727,27	\$ 483.884,33	\$ 1.774.242,55
1999	360	36,420	55,99	1,537	\$ 324.166,67	\$ 498.355,07	\$ 5.980.260,85
2000	329	39,790	55,99	1,407	\$ 461.528,88	\$ 649.434,57	\$ 7.122.132,50
2001	321	43,270	55,99	1,294	\$ 562.713,40	\$ 728.133,19	\$ 7.791.025,11
2002	360	46,580	55,99	1,202	\$ 394.166,67	\$ 473.795,44	\$ 5.685.545,30
2003	293	49,830	55,99	1,124	\$ 388.068,51	\$ 436.041,65	\$ 4.258.673,48
2004	291	53,070	55,99	1,055	\$ 357.789,46	\$ 377.475,63	\$ 3.661.513,61
2005	120	55,990	55,99	1,000	\$ 330.633,25	\$ 330.633,25	\$ 1.322.533,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2005	\$ 69.434.382,51
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 578.619,85
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
						Primera mesada	\$ 520.757,87
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2005					\$ 381.500,00

Previo a determinar el valor del retroactivo, debe la sala de decisión indicar frente a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, que para ello se debe tener en cuenta que la pensión especial de vejez se causó a partir del 01 de mayo de 2005, por lo que en los términos del art. 151 del CPT y SS, la actora contaba con 3 años a partir de esta fecha para elevar la respectiva reclamación administrativa o judicial, ahora bien, conforme se advierte en la Resolución SUB GNR 248728 del 24 de agosto de 2016, la solicitud de reliquidación de la pensión fue presentada el día 06 de julio de 2016, es decir con posterioridad al termino trienal señalado en la norma en comento, además la demanda fue presentada 23 de noviembre de 2017 (fl. 40), empero como se trata de una prestación periódica resulta claro que al tenor de los artículos 488, 489 del C.S.T. y 151 del CPTSS, se afectaron con el fenómeno de la prescripción las mesadas causadas con anterioridad al 06 de julio de 2013, pues tal como como ha venido sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al indicar que, *«cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha»* (CSJ SL794-2013 Rad.41281).

Así las cosas, una vez realizas las operaciones aritméticas del caso, las diferencias pensionales a favor de la demandante por el periodo comprendido entre el 06 de julio de 2013 al 30 de noviembre de 2021 esta arroja la suma de \$4.931.748, calculada sobre 14 mesadas anuales, pues la pensión se reconoció antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la que se adicionará la sentencia de primer grado, para en su lugar impartir condena en la suma antes dicha, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, la cual además deberá ser indexada al momento de efectuarse el pago efectivo.

AÑO	Variación IPC	Mesada calculada	Mesada COLPENSIONES	Diferencia	Total diferencia
2.013	0,0194	725.928,09	690.929,52	34.999	\$ 274.039
2.014	0,0366	740.011,09	704.333,55	35.678	\$ 499.486
2.015	0,0677	767.095,50	730.112,16	36.983	\$ 517.767
2.016	0,0575	819.027,87	779.540,75	39.487	\$ 552.820
2.017	0,0409	866.121,97	824.364,34	41.758	\$ 584.607
2.018	0,0318	901.546,36	858.080,85	43.466	\$ 608.517
2.019	0,0380	930.215,53	885.367,82	44.848	\$ 627.868
2.020	0,0161	965.563,72	919.011,79	46.552	\$ 651.727
2.021	-	981.109,30	933.807,88	47.301	\$ 614.918
				TOTAL	\$ 4.931.748

Finalmente se adicionará la condena para autorizar a la entidad demandada para que del retroactivo pensional realice el descuento de las sumas que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud de conformidad con lo reglado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR ORDINAL segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el valor de la mesada pensional para el año 2005, asciende a la suma de \$520.757,87, la cual actualizada para el año 2021 asciende a \$981.109,30, cuyo retroactivo pensional causado por las diferencias de las mesadas pensionales, con ocasión de la reliquidación de la mesada pensional asciende a la suma de \$4.931.748, calculado entre el periodo comprendido entre el 06 de julio de 2013 y el 30 de noviembre de 2021, el cual deberá indexarse al momento del pago, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad debidamente indexadas, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primer grado en el sentido de **AUTORIZAR a COLPENSIONES** a realizar los descuentos a que haya lugar por concepto de los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud, del retroactivo pensional causado por la diferencia obtenida en las mesadas

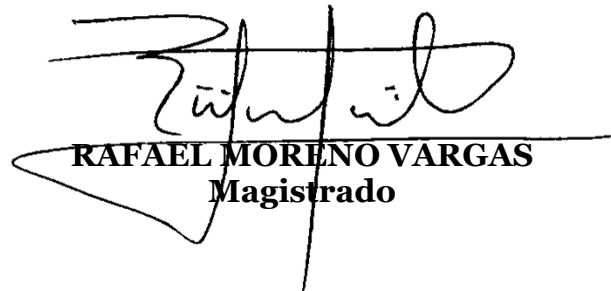
pensionales, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

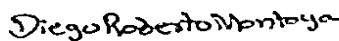
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de ROSALIA JULIETH SIMUS BARRIOS contra TEXTILES MIRATEX S.A.S. Rad. 110013105-030-2020-00070-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2021, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora **ROSALIA JULIETH SIMUS BARRIOS** presentó demanda ordinaria contra **TEXTILES MIRATEX S.A.S.**, representada por **MARIO LONDOÑO GONZALEZ**, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, el cual fue terminado sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 64 del CST. Finalmente se condene al pago de costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que el 18 de noviembre de 2006 inició a laborar para la empresa **TEXTILES MIRATEX S.A.S.** prestando el servicio de manera personal, bajo las instrucciones de la demandada y cumpliendo un horario de lunes a viernes entre las 7 am y 5 pm y los sábados de 8 am a 11 am. Explicó que el 17 de mayo de 2016 en diligencia de descargos, recibió un llamado de atención por no realizar el cambio respectivo en el sistema para el pago de seguridad social del mes de abril de 2016, por lo que con la ayuda de los abogados de la empresa realizó las correcciones necesarias y mejoró el servicio, no

obstante, recibió una presión psicológica por parte del señor Hugo Olmos como Gerente de Talento Humano y de la señora Olga Alcántara como su compañera de trabajo, pues le decían que debía renunciar ya que tenían una persona para reemplazarla. Señaló que en vista de lo anterior, el día 02 de marzo de 2017 presentó una queja por acoso laboral ante el Comité de Convivencia, órgano ante el que se presentó el día 08 de marzo de 2019 para rendir su versión libre, mismo día en el que recibió la notificación para comparecer ante la Oficina de Talento Humano por unas presuntas fallas. Expresó que asistió a descargos el día 11 de marzo de 2017, en compañía de la señora Angie Paola Cleves como testigo, diligencia en la que no se presentaron las pruebas fehacientes sobre las presuntas faltas que se le endilgaban. Afirmó que recibió incapacidad médica los días 14 y 15 de marzo de 2017, dado que se vio afectada en su salud por los agravios sufridos. Añadió que el 16 de marzo de 2016, la demandada le notificó la terminación de su contrato arguyendo las presuntas faltas que había cometido, sin respeto por su derecho al debido proceso (Exp. Digital: 00. 2020-00070 EXP. SCANEADO, págs. 71 a 81).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **TEXTILES MIRATEX S.A.S.** en reorganización, contestó la demanda con oposición de las pretensiones, argumentando que a la demandante se le realizaron varios llamados de atención y procesos disciplinarios durante la relación laboral. Aclaró que la actora empezó a desempeñar el cargo de Jefe de Nómina desde el 18 de noviembre de 2014 para lo cual recibió capacitaciones impartidas por la señora Martha Cecilia Jiménez Rico. Aseveró que no es cierto que la demandante haya sido objeto de presiones por parte del señor Hugo Olmos y la señora Olga Alcántara, precisando que la potestad disciplinaria del superior jerárquico es permitida, así como la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones, sin que ello constituya maltrato. Indicó que el 09 de marzo de 2017, el Comité de Convivencia suscribió acta de reunión, decidiendo dar por finalizado el caso presentado por la demandante. Arguyó que el contrato laboral de la demandante fue terminado con justa causa, en vista de las gravísimas faltas cometidas por aquella, esto es, haber incurrido en grave indisciplina y negligencia contra la compañía y sus trabajadores. Agregó que el proceso disciplinario fue adelantado de conformidad con el artículo 115 del CST, respetando el derecho al debido proceso de la accionante. Propuso como excepciones «cobro de lo no debido», «inexistencia de las obligaciones pretendidas», «ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demanda», «ausencia de obligación en la demandada», «pago», «buena fe», «compensación» y «prescripción» (Exp. Digital: 04. CONTESTACION DE DEMANDA ILES MIRATEX - JUSTA CAUSA).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 08 de septiembre de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de noviembre de 2006 hasta el 16 de marzo de 2017, el cual fue terminado sin justa causa por parte de la demandada. Por lo anterior, condenó a la demandada a pagar \$21.644.444 como indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, más costas procesales.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, aclaró que la situación de acoso laboral ya fue resuelta por el Comité de Convivencia de la demandada y que la incapacidad de dos días que recibió la demandante, no da lugar a la protección por estabilidad laboral reforzada. Señaló que al trabajador le incumbe demostrar la terminación del contrato, mientras que el empleador debe probar la existencia de una justa causa, aunado a que, quien decide terminar el contrato debe explicar de manera clara las razones, sin que sea posible alegar causas diferentes con posterioridad, de acuerdo al artículo 62 del CST. Manifestó que se demostró que la parte demandada terminó unilateralmente el contrato de trabajo, tal como se evidencia de la carta de terminación del contrato, donde se indicó que la demandante incurrió en gravísimas faltas, detallando hechos ocurridos en abril, noviembre y diciembre de 2016, así como en enero de 2017. Mencionó que en la carta de terminación del contrato se expusieron varios hechos, dentro de ellos, la generación de la deuda presuntiva del 2017 por valor de \$2.510.537 pese a los requerimientos de la ARL, la queja efectuada en febrero de 2017 por el no pago del subsidio, la desvinculación de un trabajador, el error en 82 casos, la no actualización de la tabla de descuentos sindicales para el 2014 y el embargo de las cuentas bancarias de la empresa por una deuda de \$96.165.000 al omitir requerimientos de la UGPP en 2016. Expuso que la demandada fundamentó la terminación del contrato en los artículos 62 del CST, sublevado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 y el numeral 1 del artículo 58 del CST. En ese orden, precisó que pese a que se expusieron las situaciones fácticas que ameritaban el despido, lo cierto es que aquellas no fueron concomitantes con la terminación del contrato, pues algunas acaecieron en el 2016, entendiendo que si el empleador no aplicó los correctivos necesarios, perdonó la falta. Explicó que la prueba testimonial da cuenta de que la intensión de la demandada era desvincular a la demandante, incluso invitándola a renunciar y ofreciéndole dinero. Añadió que no se acreditó que el proceso disciplinario se hubiera desarrollado de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, toda vez que, no es suficiente con una diligencia de descargos secreta, sino que debe conocerse las etapas del proceso, los términos de duración y

los recursos a su disposición. Aseveró que no se acreditó de manera suficiente que la razón del despido haya sido la alegada en la carta de terminación del contrato, sino que hubo otras razones adicionales.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación argumentando que, se demostró que la demandante incurrió en un grave incumplimiento de sus obligaciones, tal como se explicó de forma clara en la carta de terminación del contrato de trabajo. Frente a la inmediatez, explicó que si bien algunas situaciones datan del 2016, se debe tener en cuenta que tal como se manifestó en la diligencia de descargos y en la terminación del contrato, la empresa tuvo conocimiento de las faltas cuando la ARL realizó una investigación, esto es, en febrero de 2017, pues la demandante guardó silencio sobre sus yerros y omitió su deber de información. Aclaró que en mayo de 2016 se llevó a cabo un proceso disciplinario a la demandante, no obstante, aquella volvió a incurrir en faltas, pues en diciembre de 2016 sucedió lo relacionado con la UGPP, en enero de 2017 ocurrió lo del SENA, los pagos a COMPENSAR en diciembre de 2016, y las demás faltas fueron de enero a marzo de 2017. Aseguró que quedó demostrada la inmediatez, por cuanto no transcurrieron más de 3 meses desde el momento en el que tuvo conocimiento de las faltas, el proceso disciplinario y la terminación del contrato. Afirmó que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que para finalizar el contrato de trabajo no es necesario llevar a cabo un proceso disciplinario por no ser una sanción, empero, en aras de garantizar el derecho al debido proceso, realizó a la demandante el proceso disciplinario sin que fuera secreto, contrario sensu, se efectuó la citación con la explicación de todas las faltas cometidas y se permitió la ampliación del término para que la trabajadora allegara las pruebas. Añadió que la demandante pudo asistir en compañía del testigo que eligió y rechazó ser acompañada por el sindicato. Argumentó que del dicho de la testigo no se acredita la existencia de la supuesta reunión en la que se ofreció dinero a la demandante, pues ni siquiera detalló la fecha o año en la que ocurrió, máxime cuando la testigo no presenció la misma, sino que fue la demandante quien le contó ello. En todo caso, resaltó que no está prohibido que el empleador ofrezca fórmulas de arreglo a los trabajadores para terminar de mutuo acuerdo el contrato. Reiteró que las funciones de la demandante eran claras y recibió capacitaciones para ejecutarlas, sin que sea posible omitir las faltas en las que incurrió.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la finalización del vínculo laboral ejecutado entre las partes, obedeció a las justas causas alegadas por el empleador.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 20 de noviembre del año 2006 y el 16 de marzo de 2017, bajo la modalidad de contratación a término indefinido, cuyo último salario devengando correspondió a la suma de \$3.000.000, tal como se concluyó en la sentencia de primer grado y que no es objeto de debate en esta instancia, por lo tanto, frente a estos aspectos no se realizará manifestación alguna.

Sobre el punto a resolver en esta sede judicial, es de recordar que la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, considera la sala que la parte actora acredita la ruptura del vínculo laboral con la carta por medio de la cual la parte demandada da por terminado el contrato de trabajo el día 16 de marzo de 2017, situación que a su turno es aceptado por la pasiva.

Ahora bien, al estar demostrado el hecho del despido por la parte actora, se debe establecer si la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo con o sin justa causa, para ello debemos remitirnos a la aludida carta de despido, el cual, en su contenido se especificó que la terminación se daba por lo siguiente:

*Nos permitimos informarle que **TEXTILES MIRATEX S.A.S.** ha decidido finalizar su contrato de trabajo por justa causa, a partir de la entrega de la presente comunicación, con fundamento en las gravísimas faltas por usted cometidas en el ejercicio de sus funciones, las cuales puntualizamos a continuación:*

1. *Como tuvo conocimiento, en el mes de febrero de 2017 se realizó una verificación con la ARL SURA acerca del estado de cartera de la Compañía, donde se evidenció que a los señores Jimmy Tovar y Óscar Gutiérrez, aprendices del SENA durante el mes de abril del 2016 usted no les realizó los aportes a la seguridad social para riesgos laborales, incumpliendo sus obligaciones contractuales y legales.*

Lo dicho resulta más grave aún si se tiene que al intentar corregir el no pago de los aportes del mes de abril de 2016, generó otra inconsistencia la cual fue el no pago de aportes a la seguridad social en riesgos laborales del mes de mayo de los aprendices Jimmy Tovar y Óscar Gutiérrez, estas novedades persistió hasta el día 20 de febrero de 2017, con lo cual pudo generarán perjuicios contra la Compañía.

2. *De igual forma se tiene que, usted sin que existiera justificación o excusa alguna generó una inexactitud en la novedad de ingreso en la planilla de pago del señor Luis Ángel Parra, aprendiz del SENA, al ingresarlo en el sistema de la seguridad social como retirado al momento en que éste iniciaba la etapa lectiva con la Compañía, acarreando con ello que los pagos a la seguridad social no se vieran reflejados ante las respectivas entidades.*

3. *Por si fuera poco lo anterior, usted violó sus obligaciones legales al omitir el pasado 6 de diciembre de 2016 reportar la novedad de retiro del señor Omar Daza del sistema general de la seguridad social integral, ocasionando con ello unos intereses de mora en contra de la Compañía, además de que ésta pueda ser investigada y sancionada.*

4. *Adicional a lo ya enunciado, usted canceló un mayor valor de aportes al sistema de seguridad social en riesgos laborales en el mes de enero de 2017, situación bastante reprochable máxime si se tiene en cuenta la situación financiera de la Compañía de la cual usted es conocedora.*

Sin que existiera explicación ni justificación alguna, usted reportó y canceló los aportes de 8 aprendices del SENA por 30 días para el mes de enero de 2017, cuando lo debió hacer únicamente por un día.

5. *Como incumplimiento de sus obligaciones, usted no brindó respuesta oportuna a la administradora de riesgos laborales SURA, respecto al requerimiento que le fue realizado sobre una deuda presuntiva que tiene la Compañía por valor de \$2.510.537.*
6. *De igual forma se tiene que pese a que usted de manera directa se señaló como responsable de las observaciones que realizó la ARL SURA, en visita efectuada a la Compañía el día 18 de octubre de 2016, jamás adelantó las acciones pertinentes para atender las reclamaciones de la aludida entidad.*

7. *Aunado a lo anterior, y como responsable del reporte de novedades y pagos a la caja de compensación familiar COMPENSAR, se tiene que usted reportó en el mes de diciembre de 2016 la desafiliación del señor Carlos Castellanos y de 82 trabajadores más, aun cuando los mismos jamás se retiraron de la Compañía.*

Lo anterior con llevo a que el trabajador Carlos Castellanos, presentara queja por no percibir de manera oportuna el subsidio familiar y educativo a que por ley tiene derecho.

8. *Usted en el cargo de Jefe de Nómina, recibió de manera reiterada por parte de su jefe inmediato la instrucción que debía atender de manera urgente y oportuna los requerimientos que le realizaba la UGPP a la Compañía, a lo cual usted sin justificación alguna desobedeció la orden impartida, ocasionando con ello que la UGPP, embargara varias cuentas bancarias y retuviera cerca de \$86.165.000 Mcte. (OCHENTA Y SEIS MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL PESOS MCTE).*
9. *De igual forma se tiene que usted desconoció desde el año 2015 el incremento anual que debía realizar a través del aplicativo del software de nómina aurora-Heisohn, en lo que refiere a los descuentos sindicales con base a los cambios de salario mínimo, de acuerdo con la convención colectiva de trabajo firmada con SINTRACONTEXA*
10. *Usted en ejecución del cargo de Jefe de Nómina entre otras funciones está encargada de liquidar la nómina y la seguridad social de los trabajadores de la Compañía, tal y como lo manifestó en diligencia de descargos llevada a cabo el día 11 de marzo de 2017 y en virtud de dichas funciones, Usted tiene la obligación de realizar reportes veraces, oportunos y acordes con las novedades que se presentan con los funcionarios; así como efectuar la revisión oportuna de las novedades que usted misma reporta ante las entidades de seguridad social.*
11. *Usted manifestó que no puede garantizar que todos los reportes de novedades y pagos tengan trazabilidad porque a su parecer el sistema software puede fallar, sin embargo jamás informó a sus superiores las supuestas falencias a fin de mitigar los riesgos.*
12. *Son de recibo sus explicaciones pues como usted misma lo confesó en la diligencia de descargos, era su responsabilidad garantizar el correcto manejo del reporte, liquidación y pago de aportes a la seguridad social integral de los funcionarios de la Compañía, así como atender los requerimientos de manera oportuna y completa que realice la ARL y la UGPP, resultando totalmente inaceptable que una trabajadora con el conocimiento y la experticia que Usted posee, así como el cargo tan importante que desempeña y su antigüedad al interior de la Empresa, pretenda justificar un hecho tan grave con situaciones o explicaciones que no inciden en la ocurrencia del hecho, tal y como lo indica en sus respuestas y más grave aún que considere que la responsabilidad no es suya sino de su grupo de trabajo.*

Los anteriores hechos constituyen justa causa para la terminación de su contrato de trabajo de conformidad con lo preceptuado por el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, literal a), numeral 6), en concordancia con el artículo 58 numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo.

Dejamos constancia de que cada una de las graves faltas por Usted cometidas, independientemente considerada y por sí misma ameritan esta decisión.

Luego del análisis de dicha documental, la Sala observa que la falta calificada como grave se circunscribió, en síntesis, al hecho que la actora incumplió injustificadamente con su gestión como Jefe de Nómina, específicamente en que cometió una serie de irregularidades en torno al manejo del sistema de nómina, mal reporte de novedades y pagos a seguridad social, afiliaciones y desafiliaciones de trabajadores y aprendices del SENA de forma irregular, no actualizar los valores correspondientes a los descuentos por cuotas sindicales, no atender oportunamente los requerimientos por parte de la ARL y UGPP, acciones que causaron traumatismo en la empresa como el embargo de cuentas bancarias efectuado por parte de la UGPP, acciones y omisiones que se le manifestaron como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Se extrae también del mencionado texto, que la empresa fundó su determinación en el numeral 6° del literal a) del artículo 62 del CST, norma que establece como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del empleador: *«Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos»*.

De igual modo, se fundó la decisión en lo dispuesto en el numerales 1° del artículo 58 del CST, relacionada con las obligaciones especiales del trabajador y el cual dispone: *«1a. 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»*.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que en el caso que nos ocupa la calificación de la gravedad de la supuesta violación está sujeta a la valoración que hace el juez y en esa medida, ha de revisarse el acervo probatorio aportado al plenario.

Se aportó acta de diligencia de descargos del 11 de marzo de 2017 (Exp. Digital: 05. PRUEBAS MIRATEX), donde el actor manifestó, en síntesis: *«Soy Jefe de Nómina desde el 15 de febrero de 2015, y algunas funciones a groso modo son liquidación de nómina y seguridad social, dar respuesta a requerimientos de UGPP y áreas de la Compañía tales como Talento Humano, Contabilidad y Financiera»*. Se le interrogó si había recibido capacitación por parte de la antigua Jefe de Nómina al momento de recibir el cargo, ante lo cual admitió que *«Inicialmente recibí una*

capacitación desde finales del mes de noviembre del 2014 a principios del mes de enero del 2015 por la señora Marta Jiménez usuario del sistema de Heinsohn más no de una persona certificada por el sistema de Heinsohn, sino una transmisión de los conocimientos empíricos que ella tenía»; asimismo aceptó que había recibido capacitación por parte de la firma de abogados de la demandada acerca de los conceptos legales de la nómina, precisando, «Me acerque en una oportunidad a una capacitación que no duró más de 4 horas y fue una introducción a groso modo de lo que es el manejo de la nómina».

Sumado a lo anterior, se destacan los siguientes apartes de esa diligencia:

PREGUNTA: ¿Sírvasse indicar si Usted recibió capacitación con alguna o algunas entidades de seguridad social en temas relacionados con la nómina?

RESPUESTA: Con mi compañera de trabajo Olga, nos invitaron por parte de una EPS a un seminario general de normatividad y planes de servicios de POS. No generó ningún costo económico para la Empresa.

PREGUNTA: ¿Indique si Usted tiene acceso a los asesores laborales firma de abogado PEREZ & PEREZ para realizar las consultas acerca de los proceso de nómina?

RESPUESTA: Si, tengo los correos. Cuando requiero algo lo transmito a los asesores laborales por correo o a través de mi jefe.

PREGUNTA: ¿Indique si Usted tiene acceso a la empresa Heinsohn desarrollador del software de nómina denomina aurora, para que le asista y le asesore en el manejo del mismo?

RESPUESTA: Si, levanto requerimientos cuando tengo alguna inconsistencia con la nómina, lo hago para solucionar cositas muy puntuales porque si ellos deben venir a la Empresa, cobran por ello.

PREGUNTA: ¿De acuerdo con sus funciones como jefe de nómina, indique si entre las mismas está el registro de las novedades a la nómina como ingresos, retiros, cambios de salario, pago de beneficios, cambios de cargo y de área, la liquidación de la nómina y el pago de la seguridad social, así como la entrega de informes contables?

RESPUESTA: Con anterioridad se había entregado mis funciones a mi Jefe inmediato entre las cuales sí están todas las que se mencionan en esta pregunta.

PREGUNTA: ¿Indique si entre sus responsabilidades está el registro, revisión, pago de la nómina y de la seguridad social y que las mismas estén conformes a los requerimientos de la legislación laboral y de seguridad social?

RESPUESTA: Dentro de mis funciones esta que la información que se genera sea la correcta; con la compañía del softward que me permita acortar muchos procesos ya que claramente estoy desbordada de funciones.

PREGUNTA: ¿Indique si Usted revisa y se asegura que el pago de la nómina y de la seguridad social con sus respectivas novedades estén correctamente?

RESPUESTA: Reviso y verifiqué con en su momento me transmitió la señora Marta Jiménez, ya que a la fecha jamás se me ha hecho acompañamiento por un agente externo o interno que tenga una mejor visión en ese tema.

PREGUNTA: ¿Indique en fecha usted se dio cuenta de la inconsistencia que el aprendiz Luis Ángel Parra no se encontraba como afiliado activo?

RESPUESTA: Yo no recuerdo quien me lo informó, creo que fue talento humano pero sentí un precedente con el software, me dieron la respectiva respuesta y tomé medidas al asunto y elabore una carta para la EPS y la ARL informando la inconsistencia de la novedad y aclarando que no hay pago pendiente con el aprendiz.

PREGUNTA: Teniendo en cuenta las respuestas anteriores y como quiera que debían realizarse dos novedades diferentes una de retiro de la práctica electiva y otra de ingreso a la etapa práctica ¿Indique por qué no generó el reporte con las dos novedades?

RESPUESTA: El sistema no lo hizo.

PREGUNTA: ¿Indique si Usted para el momento en que debía realizar la novedad de ingreso del señor Luis Parra tomó las medidas pertinentes a fin de evitar inconsistencias en la afiliación?

RESPUESTA: No sabía que el sistema no lo hacía.

PREGUNTA: ¿Indique si a la fecha el señor Luis Parra se encuentra debidamente afiliado a las entidades de seguridad social EPS y ARL?

RESPUESTA: Afiliado sí, eso lo hace talento humano, resumo que sí.

PREGUNTA: ¿Teniendo en cuenta que el señor Omar Daza se retiró de la empresa el 22 de diciembre de 2016 y de acuerdo con la certificación que se pone de presente de la ARL SURA, de fecha 10 de febrero de 2017 el Sr. Daza a la fecha aparece afiliado y en el certificado de aportes al sistema de la protección social le registro una novedad de ingreso en vez de un de retiro, a que se debe tal error?

RESPUESTA: El día 8 de marzo me enteré por medio de una citación a descargos de esta inconsistencia, que sucede porque el software de nómina siempre que traslade a una persona de una instancia a otra dicha novedad paralela.

PREGUNTA: Teniendo en cuenta que usted ya conocía de la situación que el sistema reporte novedad paralela retiro e ingreso de manera simultánea, señale por que no tomó las medidas pertinentes para tal situación?

RESPUESTA: El día 10 de marzo elabore cartas respectivas a la EPS, a la ARL y a la AFP informando lo sucedido junto a los pagos de seguridad social donde se registra el retiro del excolaborador para que actualicen la novedad y se suspenda de manera inmediata el cobro que figura en mora. Quiero reiterar que si era de conocimiento de mi grupo de trabajo y de mi jefe inmediato desde el 10 de febrero de este año de dicha inconsistencia se esperó hasta el día 8 de marzo después de presentar un precedente en el comité de convivencia y dejando para mí claro que no son objetivos en informarme los temas relacionados con mi trabajo.

PREGUNTA: ¿El 30 de enero de 2017 ingresaron a etapa productiva 8 aprendices del SENA, sin embargo en el pago de la seguridad social – ARL del mes de enero de 2017 Usted pago 30 días cuando solamente debía pagar uno solo, como explica usted esta situación?

RESPUESTA: Para este caso el software de nómina no permite ningún movimiento con el cambio de etapa electiva a productiva y todo el tema relacionado a seguridad social si no se hace desde el principio del mes, es de aclarar que este pago se realizó de dicha manera porque el sistema así lo reporta o la otra opción es no cancelar el día 30 de enero como práctica y quedar en mora por ese día.

PREGUNTA: Pero aclare si usted ha informado de manera oportuna las novedades que le han generado con el software a su Jefe Inmediato?

RESPUESTA: Si de manera verbal y le he enviado respuestas que me han dado.

PREGUNTA: Es consiente que la Compañía generó un pago adicional en aportes a ARL por los 8 aprendices SENA?

RESPUESTA: Lo soy, que se generó un exceso de pago y de hacerlo en la forma que se indica era no pagar o pagar completo porque el sistema no permite hacer pagos incompletos.

PREGUNTA: ¿Entiende Usted que los errores en el registro de novedades en la seguridad social, así como en el pago de la misma, ponen en alto riesgo económico y legal a la empresa, así como atención asistencial y económica para los empleados de la misma?

RESPUESTA: En ninguno de los casos anteriores se ha dejado de pagar la seguridad social solo se ha reportado novedades inconsistentes que genera el sistema bien sea por parametrización o el sistema normativo que ellos manejen

PREGUNTA: ¿Entiende Usted que los errores en el registro de novedades en la seguridad social, así como en el pago de la misma, generan detrimento económico para la empresa?

RESPUESTA: No fue error del registro como tal de la novedad sino a la hora de reportar el registro a la seguridad social.

PREGUNTA: Indique por qué no comunicó a su Jefe Inmediato, como era su deber legal y contractual, las observaciones o indicaciones que dio la ARL?

RESPUESTA: Porque la ARL lo hizo, no era mi obligación.

PREGUNTA: Indique si usted es la responsable directa de realizar el reporte de novedades (ingreso y retiro) de los trabajadores a la Caja de Compensación Familiar a la cual se encuentra afiliada la Compañía?

RESPUESTA: En la seguridad social lo reporta, que es lo que yo hago.

PREGUNTA: ¿Indique por qué el señor Carlos Castellanos y 82 trabajadores más de la Compañía figuraban para el mes de febrero de 2017 retirados de la Caja de Compensación Familiar a la cual está afiliada la Compañía desde el mes de diciembre del 2016?

RESPUESTA: Aclaro que las 83 personas se trasladaron de una instancia a otra, esto hace que el sistema genere una novedad errónea en el sistema de seguridad social la cual es la de ingreso, está la respuesta física donde software reitera esa novedad.

PREGUNTA: Indique cuando usted se percató de la inconsistencia de retiro a la Caja de Subsidio Familiar de los trabajadores?

RESPUESTA: Cuando ellos me lo informaron.

PREGUNTA: Teniendo en cuenta sus respuestas en donde ha señalado que el software le ha generado inconsistencia indique que acciones ha realizado para evitar dichos errores?

RESPUESTA: Entró y modificó cuando el tema es con los aprendices del SENA y con respecto a los traslados de la Caja de Compensación lo corregí manualmente.

PREGUNTA: Es consiente que por el error presentado en el reporte de novedad de retiro de los trabajadores a la Caja de Compensación Familiar, éstos no pudieron acceder de manera oportuna a los subsidios que por ley tienen derecho?

RESPUESTA: Lo van a percibir de manera diferente a la correcta, no en el periodo correcto por la inconsistencia en el software.

PREGUNTA: ¿Es consiente que el no recibir de manera oportuna los subsidios por parte de la Caja de Compensación Familiar a que tiene derecho los trabajadores la Compañía puede ser sancionada administrativa y/o judicialmente?

RESPUESTA: No soy consciente de eso, ya que han existido anteriormente muchas inconsistencias con temas relacionados con afiliaciones de beneficiarios y no se ha dado ese manejo, no entiendo porque ahora es diferente.

PREGUNTA: Se vuelve a formular la pregunta anterior como quiera que no fue contestada la pregunta ¿Indique si los trabajadores que fueron reportados como retirados a la Caja de Compensación Familiar pudieron acceder del subsidio escolar a que tenían derecho?

RESPUESTA: Es obvio que no en su momento por la novedad, no me comparten la información de los pagos entonces no puedo conciliar.

Con relación al requerimiento de la UGPP, se extrae lo siguiente:

PREGUNTA: ¿Indique si a usted desde el año 2016 se le solicitó por parte de su Jefe Inmediato atender de manera urgente y oportuna los requerimientos que se realizaran por parte de la UGPP?

RESPUESTA: Se me informó que el 5 de diciembre del 2016 la solicitud de resolver un requerimiento de la UGPP consistente a inconsistencia de pago del 2011 y 2013, de lo cual aclaro que he manejado de manera oportuna y empírica.

PREGUNTA: Indique si a usted se le indicó que la oficina de asesores laborales PÉREZ & PÉREZ le podría brindar y colaborar con todos los requerimientos que realizara la UGPP?

RESPUESTA: Aclaro que en este punto le pregunte a los asesores de la fecha límite para contestar este requerimiento y no me indican la fecha y aun así no excedí la fecha de pago.

PREGUNTA: Indique si a usted en correo electrónico de fecha 7 de diciembre de 2016 se puso de presente la urgencia de atender el requerimiento que realizaba la UGPP y realizar el pago lo más pronto posible a fin de evitar generar más intereses?

RESPUESTA: Si se informa la urgencia pero no una fecha límite de pago.

PREGUNTA: Indique si a usted en correo electrónico de fecha 26 de diciembre de 2016 se le colocó de presente nuevamente la urgencia de atender el requerimiento que realizaba la UGPP y realizar el pago lo más pronto posible a fin de evitar generar más intereses?

RESPUESTA: Se recibió el correo y empecé a trabajar inmediatamente en el tema y como se plasma en la citación de los descargos que era de manera urgente y prioritaria, se retiró mi Jefe a vacaciones dejándome con la responsabilidad de la nómina y la UGPP paralela, siendo Jefe del Departamento de Nómina hubiera podido delegar esa función a otra persona.

PREGUNTA: Indique si es consiente que por no haber atendido de manera inmediata el requerimiento a la UGPP, a la Compañía le fueron embargadas varias cuentas bancarias?

RESPUESTA: No fue por eso, fue un embargo preventivo que hizo la UGPP nadie me informó que debía pagar dos semanas antes.

PREGUNTA: Es consiente que la información y planillas que remitió a la oficina de los asesores laborales se dio después de que la UGPP había embargado las cuentas bancarias de la Compañía?

RESPUESTA: Si lo soy, el embargo fue preventivo.

PREGUNTA: Indique si a usted se le requirió por parte de la oficina de los asesores laborales por haber enviado un CD en blanco y sin que en este estuvieran las planillas de pago?

RESPUESTA: Si claro, me llamaron y envié la información el CD lo compre en la calle y no sé si la información había quedado bien o mal grabada.

PREGUNTA: ¿Indique si usted es consciente de la gravedad de entregar a la UGPP un CD en blanco sin que en este repose la información requerida por dicha entidad?

RESPUESTA: Yo la información la remito par que los asesores lo revisen.

PREGUNTA: Teniendo en cuenta las respuestas que ha dado, indique si usted constata y revisa que la información que envía a las entidades de seguridad social o a los asesores se la correcta y cumpla con los parámetros mínimos de veracidad?

RESPUESTA: Lo reviso en lo que alcanzo y se debe optimizar con los colaboradores anexos al proceso.

Con relación a la tabla de descuentos sindicales, se tiene lo siguiente:

PREGUNTA: Teniendo en cuenta el proceso de actualización del software de nómina aurora-Heisohn, se constató que usted no actualizó la tabla de descuento sindical desde el año 2014, en lo que refiere a los cambios de salario mínimo que están ligados a dichos descuentos de acuerdo con la Convención Colectiva de Trabajo firmada con SINTRACONTEXA. ¿Qué debe decir al respecto?

RESPUESTA: Nunca he recibido capacitación ni era de mi conocimiento que este ajuste debía hacerse manual en el sistema y de sobre manera aclaro que empecé a ser capacitada para dicho cargo de forma empírica por Marta Jiménez a finales de 2014 recibiendo dicho problema, en el 2015 asumí el cargo de Jefe del departamento. También aclaró que la inconsistencia la identifique en febrero del 2017 cuando leí la convención y lo hice saber a mi jefe, le aclare que dicho cambio no lo sé hacer en el sistema por ello se llamó a los asesores de software quienes hicieron los ajustes y causaron daños en la parametrización, generando un sobrepago de más de \$25.000.000 al sindicato aun siendo capacitados para el manejo del software, esto se identificó se anularon los cheque y no se pagó pero hubo un retroceso. Los cambios finales, es decir los realizados en febrero de 2017 los autorizó mi jefe

Por otra parte, se adosó documento denominado TM-R 205 denominado capacitaciones, el cual se encuentra suscrito por la actora, donde se relacionan sus funciones:

FUNCIONES:				
• Responsable de Software de nómina Heinsohn Aurora- Cliquida				
• Retiros de empleados en el sistema de nómina y elaborar la respectiva liquidación por retiro, solicitud de paz y salvo, para ello se solicita a almacén de repuestos, a almacenes Munda M., cooperativa de trabajadores, verificar embargos deudas con Terceras como Davivienda y Compensar; una vez diligenciado paz y salvo se procede a elaborar la liquidación y pasar completa al Departamento de contabilidad..				
• Ingreso de Novedades de pagos y descuentos.				
Traslado de EPS, Fondos de pensiones y cesantías de los empleados.				
• Generación, impresión y revisión de novedades.				
• Liquidación en prueba de las nominas.				
• Liquidación definitiva de las nominas				
• Encargada de hacer el analisis y contestacion de los requerimiento de la UGGP, con creacion de planillas, pagos y entrega final al grupo de abogados.				

Aunado a lo anterior, se aportó certificado de aportes al sistema de protección social con las inconsistencias respecto del trabajador Luis Parra respecto de los periodos del mes de noviembre de 2016 y 01 de enero de 2017, donde se reportó novedad de retiro; lo anterior junto con comunicación de la demandante informándole a la ARL SURA sobre tal inconsistencia el día 10 de marzo de 2017 (05. PRUEBAS MIRATEX. Págs. 83-84). De igual modo, obra certificación de fecha 10 de febrero de 2017 respecto de otro trabajador que aparecía activo pese a haberse retirado el 22 de diciembre de 2016, al igual que otras planillas de trabajadores aprendices con inconsistencias especialmente por el hecho de haberse hecho un pago por 30 días, cuando sólo correspondía a uno (05. PRUEBAS MIRATEX. Págs.89 a 95). De igual manera se agregaron copias de comunicaciones de soporte de la empresa del software de nómina contestándole a la demandante inquietudes planteadas; así mismo, los correos cruzados entre el área de talento humano y la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR respecto al estado de afiliación de algunos trabajadores a los que se realizó la reactivación con el ánimo de realizar los pagos que no se efectuaron en razón a que fueron retirados por parte del área de nómina, los cuales se efectuaron entre los meses de enero y febrero de 2017. En ese sentido, también se aportó reclamación por parte de un trabajador de la empresa en los siguientes términos:

RECLAMO SOBRE DEVENGOS				
NOMBRE DEL TRABAJADOR		CODIGO	DEPTO	RECLAMO SEMANA
				DIA MES AÑO
Edgar Espino		2056	Parí	09 02 2017
RAZON:	☐ RECARGO NOCTURNO	☐ INCAPACIDAD		
	☐ PERMISO	☒ OTRO		
No me han pagado subsidio de compensar Porque aparecí desahuciado de la caja.				
Firma del Trabajador			FECHA	

Finalmente se agregaron los documentos relacionados con el proceso de cobro coactivo así como el persuasivo, llevado a cabo por parte de la UGPP en contra de la demandada por inconsistencias en los pagos de nómina, aclarando que no correspondían a la gestión de la demandante como Jefe de nómina.

Por otro lado, en el interrogatorio de parte que le fue practicado la actora señaló que no fue cierto que el día que fue ascendía al cargo de Jefe de Nomina fue capacitada y que haya suscrito un acta donde constaban sus funciones, explicando que ella fue quien redactó el documento donde constaban sus funciones, dado que su jefe inmediato (Hugo Olmos) se lo solicitó para conocer su carga laboral. Que era cierto que dentro de sus funciones estaba verificar y realizar el pago de la seguridad social de los trabajadores de Miratex, aclarando que ello dependía de tener unas herramientas óptimas; que recibió una capacitación por parte de la anterior jefe de Nomina Marta Cecilia Jiménez, no obstante, ella adquirió el conocimiento de manera empírica y así se lo transmitió, sin que le hayan brindado una capacitación directamente por el software de nómina, pues adquirió todo el conocimiento de manera empírica transmitido por la anterior jefe de nómina; que no recuerda que la hayan capacitado para el software de nómina, sino que sólo la señora Marta fue quien le explicó; que tenía contacto directo con la firma HEINSOHN para resolver inquietudes sobre el proceso de nómina pero no tenía autorización de aprobar solicitudes que generaran un cobro, es decir que estaba limitada porque al consultar a ellos se generaba un cobro por parte de la firma y ella no era quien lo autorizaba; que recibió capacitación de Pérez Abogados como asesores legales de la empresa, donde se le dio a groso modo la información sobre temas de nómina; que tenía la opción de generar consultas a los asesores legales cuando lo necesitara, siempre que contara con el permiso de su jefe inmediato porque se generaban unos costos; que los asesores legales iban a la empresa a hacer las reuniones pero no le consta si iban cada jueves porque no tenía bajo su competencia reunirse con los abogados, aunado

a que no asistía a todas las reuniones, sino que siempre lo hacía su jefe; que cuando tenía dudas seguía el conducto regular que era consultarle a su jefe porque no tenía autorización de exteriorizar las situaciones de la empresa; que asistió a una o dos capacitaciones de las EPS porque le parecieron inoficiosas porque lo que hacen las EPS es vender sus productos; aceptó que entre 2016 y 2017 generó errores en los ingresos, retiros y pagos de aportes de riesgos profesionales de varios trabajadores, aclarando que ella le manifestó a su jefe el error que estaba generando el software porque no se había querido pagar la actualización que permitiera que el sistema comenzara a funcionar mejor; que siempre lo que tuvo en sus manos trató de solucionarlo, ya fuera con la ARL o entregando los debidos soportes; que es falso que no haya dado la respuesta oportuna a los requerimientos realizados por la UGPP en diciembre de 2016; que los abogados sí le remitieron correos indicándole la urgencia de dar respuesta a la UGPP, aclarando que ella le solicitó a los abogados que le indicaran cuando era el vencimiento del término de la UGPP pero no le dieron respuesta, sino que le dijeron que eso estaba en el mismo documento, sin embargo, ella presentó el requerimiento que se debía presentar en los términos de ese documento; que aportó un CD en blanco a los asesores legales con la información que estaba pidiendo la UGPP pero ese quedó mal grabado por el área de sistemas (que eran quienes tenían los equipos habilitados para quemar CD's) y se tuvo que hacer el proceso de nuevo, sin que ello impidiera que se cumpliera el requerimiento de la UGPP dentro del término; que ella revisó el CD dentro de su equipo y estaba la información, por lo que lo entregó a su jefe y fue quien lo entregó a los abogados; agregó que *«efectivamente sí hay un embargo, la demora en la presentación es subjetiva porque la misma UGPP da una fecha de entrega, que ellos mismos hayan decidido embargar las cuentas de la compañía fue una determinación que no conocía, y que ustedes como abogados o los abogados en ese momento, jamás me explicaron, si me hubiesen explicado que la UGPP iba a embargar la compañía 15 o 20 días antes del vencimiento del requerimiento, hubiese levantado mi mano y hubiese dicho que necesitaba apoyo porque efectivamente tenía coordinados mis tiempos en determinar la nómina y empezar a hacer ese tipo de requerimientos»*; que para una nómina de 700 empleados, su equipo estaba conformado por ella y una asistente.

A su turno, se recibió el testimonio de **ANGIE PAOLA CLEVES PEÑA** quien declaró que trabajó para la demandada entre el 2015 y el 2017 (tres meses después de que despidieron a la demandante), que ejerció el cargo de asistente de nómina, por lo que la actora era su jefe inmediata; que el contrato de la demandante finalizó en marzo de 2017; que ella hacía una pre nomina (un borrador) de la nómina pero la

demandante era la encargada de hacerlo, aclarando que dentro de la pre nomina no incluía el pago de los aportes a seguridad social porque eso lo hacía la demandante; que recuerda que siempre la empresa ha tenido requerimientos por parte de la UGPP, pero que cuando llegó el requerimiento que la actora atendió detonó todo y que al revisar el requerimiento se dieron cuenta de que era de años anteriores a la fecha en la que tomó el cargo, de cuando la señora Marta tenía a su cargo esos requerimientos. Que no sabe exactamente a qué se debía ese requerimiento de la UGPP, que lo que alcanzó a escuchar era que se trataba de una mora por aportes; que se enteró del embargo de la UGPP por un requerimiento que venía de años anteriores; que sólo le consta lo que la demandante le comentó sobre su despido porque nunca vio la carta y que sabe que la citaron a descargos y le entregaron la carta de despido; que sabe que la demandante tuvo inconvenientes con el señor Hugo y acudió ante el comité de convivencia por un acoso pero nunca le respondieron, sino que apenas se enteraron de que ella había hecho eso la citaron a descargos; que acompañó a la demandante a la diligencia de descargos, recordando que la habían citado por no responder oportunamente un requerimiento de la UGPP, lo que había causado un embargo de las cuentas de la empresa; que eso se lo manifestaron por medio de un correo electrónico; que nadie más acompañó a la demandante a la diligencia de descargos y que de la empresa cree que solo fue el señor Hugo; que la demandante tuvo la oportunidad de declarar en esa diligencia; que desde la diligencia de descargos a la terminación del contrato no transcurrió mucho tiempo. Que el acoso al que se refiere por parte del señor Hugo se debe a que, la demandante le había manifestado al señor Hugo que el software no era cómodo para trabajar, pero nunca atendieron la solicitud, haciendo más difícil el manejo de la nómina porque tenían que hacerlo manual, aunado a que, comenzaron a desconfiar del trabajo de la actora porque trajeron a otra persona que trabajaba en la sede del Dorado para que revisara todo lo que hacía aquella; que se le dio a la demandante la oportunidad de presentar pruebas en la diligencia de descargos; que no la llamaron a testificar dentro del proceso disciplinario a la demandante; que durante el tiempo que ella estuvo laborando en la empresa y al demandante fue jefe de nómina, la empresa sí recibió requerimientos de la UGPP; que sí se hizo un requerimiento expreso para que aportara una información so pena de embargar la empresa; que ella no vio la queja de acoso como tal, ni hacía parte del comité de convivencia para ese momento; que el comité no hizo nada con la queja porque la demandante se hubiera enterado y por ende, aquella le habría contado porque era su mano derecha; que no conoció el acta que dio por finalizado el caso de acoso; que siempre se tuvo conocimiento de los jefes de que la nómina era muy manual y eso dificultaba todo. Que para ella la persecución por parte del señor Hugo se vio

reflejada en que puso una persona de otra sede a revisar el trabajo de la demandante y también la demandante le contó que una vez el señor Hugo citó a la actora para ofrecerle una suma de dinero para terminarle el contrato pero como no aceptó, empezaron a sacar las supuestas faltas que ella cometía para justificar el despido; que ese ofrecimiento se lo hicieron en privado a la demandante y que ella sabe que esa era la forma de operar del señor Hugo porque al manejar la nómina se daban cuenta de que los trabajadores se retiraban porque aquel les ofrecía dinero.

El testigo **HUGO OLMOS MORA** declaró que conoció a la demandante porque fue su jefe cuando se desempeñó como Jefe de Nómina; que lleva 7 años trabajando con la empresa y ha sido el Gerente de Recursos Humanos; que en el 2011 y 2013, la UGPP hizo una revisión y encontró algunas inconsistencias que a lo largo de los años fueron aclarándose, tales como los factores no salariales de los trabajadores sindicalizados, que luego la UGPP siguió insistiendo en que existían unas inconsistencias dándole a la empresa un tiempo para responder, de lo cual era encargada el área de nómina; que en diciembre de 2016 a través de los abogados Pérez y Pérez fueron notificados de un requerimiento de la UGPP, por lo que se le solicitó a la demandante que los atendiera por ser la encargada y que si era el caso, procediera a hacer el pago de manera urgente y prioritaria, situación que no se cumplió de manera oportuna, enviándole un correo solicitando que respondiera el requerimiento, pero aquella envió la información de manera tardía, aclaró que el CD que se entregó a los abogados para que dieran respuesta estaba vacío, entonces fue necesario volver a enviar esa información, por lo que la UGPP ordenó el embargo de las cuentas de la empresa por no haber respondido de manera oportuna los requerimientos; que con respecto a la ARL explicó que en febrero de 2016 se hizo el cambio de la ARL COLPATRIA a SURA, pero la persona responsable de nómina, es decir, la demandante no hizo los pagos a la ARL SURA sino que los hizo a COLPATRIA, generando un problema serio en cuanto a la atención médica de SURA, las incapacidades, dado que no se hizo el pago a la entidad correspondiente, lo cual pudo ser solucionado; que la ARL hace unos análisis al proceso de afiliaciones y al pago correcto a los centros de costos, investigación en la que descubrieron unos errores, notificando ello a la responsable de nómina para que se solucionara pero no cumplió con dar respuesta, así que generó inconvenientes frente a unas deudas presuntas; que SURA también les reportó que había unos errores frente a las novedades, de tal forma que había personas que estaban retiradas pero continuaban afiliadas, tales como las personas del SENA, poniendo en riesgo a la empresa y que en otros casos no se afilió correctamente a las personas a seguridad social; que a mediados de 2016 y 2017, se cerró la planta del Dorado,

por lo que trasladaron a algunos trabajadores a la planta principal, siendo pertinente realizar un retiro de nómina y una inclusión, empero al parecer se hizo solo el retiro y no se hizo la inclusión nuevamente, causando que 82 trabajadores quedaran desafiliados de COMPENSAR; que las fallas de la demandante se presentaron entre diciembre de 2016 y 2017, lo que conllevó a que la empresa perdiera toda la confianza en ella, porque generaba un riesgo de nivel muy alto, pues también se afectaba la imagen de la empresa ante las entidades financieras; que el software se actualizó hasta la versión 22, aclarando que se tenía que ir actualizando debido a los cambios de la normatividad frente a la nómina, siendo necesarios esos cambios; que el software trabaja normal, tanto que cuando despidieron a la demandante, él tuvo que hacerse cargo del sistema durante un par de meses y con ningún conocimiento sobre aquel, lo sacó adelante; que si la demandante tenía dudas podía contactarse directamente con los funcionarios del software, aclarando que el soporte de línea estaba incluido dentro de las anualidades que la empresa pagaba, sin que fuera necesaria autorización alguna para pedir asistencia telefónica, si necesitaba presencia de los funcionarios en la empresa, simplemente ella debía pedir autorización y se daba el permiso para pagar la visita de los de la plataforma; que entre diciembre y febrero, la demandante no le solicitó la autorización para que los funcionarios fueran a la empresa, recordando que a finales de enero y principios de febrero comenzaron a adelantar la actualización del software para la versión nueva que se estaba requiriendo por los cambios; que lo que solicitó a la demandante fue el cumplimiento de las obligaciones de su cargo, sin ser grosero o insinuarle cosas que no fueran del ámbito laboral, tanto que se presentó al comité de convivencia para rendir descargos, aclarando que sólo le exigió el cumplimiento de sus obligaciones como Jefe de Nomina; que como cerraron la planta del Dorado, lo que hizo fue traer una persona que le ayudaba allá para que ayudara a la demandante a arreglar el problema de la Caja de Compensación, aunado a que aquella siempre contó con su apoyo, con el de la asistente, el área legal y la firma de HEINSOHN; que lo de las afiliaciones de Compensar, se presentó en diciembre de 2016 cuando un trabajador les dice que no le estaban pagando el subsidio familiar y al hacer el requerimiento, la Caja les dice que el trabajador está retirado y que hay 82 casos más; que nunca le ofreció dinero a la demandante; que en la reunión simplemente le dijo qué era lo que estaba pasando y qué necesitaba para solucionar los problemas porque eran muy graves; que eso fue a mediados de febrero o marzo. Que cuando la demandante asumió la responsabilidad de la nómina, previamente le hizo una entrevista para verificar si ella tenía las condiciones y quería asumir la responsabilidad, luego, la persona que llevaba años en el cargo, la señora Martha Jiménez, le brindó una capacitación por varios meses a la demandante, aunado a

que, también fue enviada a la oficina de abogados para que la capacitaran, así como recibió capacitaciones por parte de las EPS y AFP. Que la demandante nunca indicó que las capacitaciones no eran suficientes para desempeñar el cargo; que cuando la demandante asumió el cargo, tenía más o menos el manejo de 1.100 o 1.200 personas, pero cuando cerró la planta El Dorado, el número bajó a 750 personas. Que todos los jueves se reunían con los asesores legales, reuniones a las que asistía él, a veces su asistente y la persona de nómina, es decir la demandante, espacio en el que hablaban sobre los temas pendientes de nómina, resolvían inquietudes y cuando se trataba de temas más complejos para la empresa que no tuvieran que ver con la nómina, le pedía a la demandante que saliera de la reunión. Que la demandante podía consultar a los abogados sin ninguna limitación, pues podía escribirles correos o llamarlos porque no había ninguna restricción, dado que no les generaba un costo adicional, pues había un costo fijo que siempre pagaban así se usara o no el servicio legal. Que para 2014, 2015 y 2016 se presentaron algunos errores, como los factores salariales y no salariales para que no se presentaran más errores, dándole soporte a la demandante para que no siguiera presentándose el error; que la señora Marta Jiménez era la anterior Jefe de Nomina, quien tenía más de 20 años de experiencia en el cargo y fue quien capacitó a la actora para el cargo; que el sistema de software siempre estuvo soportado, pues un software que es tan utilizado por las empresas no puede presentar tantos errores, sino que se presenta un error cuando hay un movimiento en el sistema y se le cambia la parametrización o se ingresa algo mal; que el requerimiento de la UGPP viene desde el 2011 al 2013, por lo que varios años se hizo la depuración de lo que solicitaba la entidad, es decir que para 2016 quedaba un monto a pagar de alrededor de 8 millones, explicando que para ese momento debían responder un requerimiento de la UGPP, el cual les fue notificado por medio de la firma Pérez y Pérez, al ver que la demandante no respondía, él le envió un correo diciéndole que respondiera porque era prioritario y que de ser el caso le autorizaba el pago, empero, después llegó el embargo de la UGPP; que la respuesta se dio antes del embargo pero luego de haber pasado los tiempos que la entidad había dado; que cuando lo citaron ante el Comité de convivencia, ese organismo no evidenció ninguna situación de acoso por lo que cerró el caso; que a esa citación ante el Comité acudió la demandante, él y su asistente; que cuando los aprendices del SENA pasaron a la etapa productiva, la demandante no los activo como presenciales de la empresa, entonces hubo un periodo en el que estuvieron sin cobertura de ARL; que en otro caso, la demandante no retiró a una persona y se generaron unos pagos adicionales por parte de la empresa a la ARL y seguridad social, que ello sucedió por varios meses porque cuando se le informó de la situación, la accionante corrigió mal y la persona siguió

activa cobrando esos dineros; que la demandante nunca les informó sobre esos errores, sino que se dieron cuenta por medio de la ARL cuando les informó sobre esas situaciones y con la revisión del sistema. Que hay un sindicato de industria llamado SINTRACONTEXA, para el cual se debe efectuar el descuento de la cuota sindical de acuerdo al salario mínimo, de forma que, si el salario mínimo cambia, hay que ajustar el porcentaje del descuento, empero ese porcentaje no se ajustó en 2015, generando problemas con el sindicato, aclarando que la actualización de ese porcentaje le correspondía a la demandante. Que el proceso de la UGPP llevó varios años, pues el proceso de fiscalización fue de los años 2011 a 2013 y desde el 2013 hasta el 2018 estuvieron en el proceso de depuración y pago de la deuda presunta y deuda real; que brindó la ayuda idónea a la demandante para que subsanara sus errores, tanto así que aquella tenía a su disposición la ayuda de los asesores legales, de los funcionarios de la plataforma de nómina, de su asistente, del equipo de talento humano y en febrero tuvo una persona que le ayudó a subsanar el error con Compensar y a actualizar el procedimiento de la nómina; que cree que el proceso disciplinario de la demandante inició a finales de febrero cuando se acumularon todos los problemas que se estaban presentando; que la diligencia de descargos de la demandante se surtió en marzo; que un proceso disciplinario inicia con un informe que hace el jefe inmediato de la persona frente a algún hecho cuando se considera que está incumpliendo con los deberes contractuales, informe que pasa al área de recursos humanos, área que cita a la persona a descargos indicando que puede asistir con testigos o miembros del sindicato, una vez surtidos los descargos se procede a tomar las decisiones a que haya lugar; que para la diligencia de descargos de la demandante, él no estuvo presente dado que no podía ser juez y parte, en tanto, él fue quien dio el informe para que fuera despedida; que dentro de los primeros días de marzo, antes de la diligencia de descargos, se realizó la citación ante el Comité de Convivencia. Que el incidente con los aprendices del SENA tuvo que haberse presentado más o menos en septiembre u octubre de 2016; que por esa misma época ocurrió la omisión del reporte de la novedad de retiro; que el error de los descuentos del sindicato se presentó en 2015 pero fue hasta enero o febrero de 2017 cuando el sindicato le reclamó a la empresa porque no se había hecho el pago de manera correcta.

Pues bien, de la revisión del haz probatorio en precedencia, analizado bajo el prisma del principio de la sana crítica tal y como lo prescribe el artículo 61 del CPT y SS, claramente se vislumbran unas justas causa para despedir, por lo que desde ya anuncia la Sala que la decisión de primer grado deberá revocarse, pues no sólo resulta clara la comisión de las justas causas para despedir endilgadas por el

empleador, sino que estas constituyen en una falta grave en los términos expuestos en la carta de despido. En efecto, está suficientemente acreditado que la actora incumplió con sus funciones de jefe nómina, las cuales admitió no sólo en la diligencia de descargos, sino también en el interrogatorio surtido, especialmente en lo atinente al manejo de aportes a seguridad social, así como lo relacionado con los requerimientos de la UGPP, sin observar que estas funciones se ejecutasen debida y oportunamente, lo que llevó a que la empresa estuviera en serio riesgo, especialmente por el embargo que finalmente llevó a cabo la UGPP, aspecto este que incluso la demandante no discute, pues también está probado que aceptó la comisión de dichas irregularidades, pero lo achaca a problemas con el software y/o descarga sus responsabilidades en otras personas.

Aunado lo anterior, para esta Sala hay varios puntos a tomar en cuenta para revocar esta decisión, el primero de estos serían las manifestaciones de la misma demandante tanto en la diligencia de descargos y en el interrogatorio de parte, donde básicamente confirma la decisión de la accionada y es que de hecho se cometieron irregularidades en el manejo de la nómina, como que desafilió a trabajadores de la caja de compensación familiar sin que fuera pertinente, pagó demás a riesgos labores frente varios aprendices, cumplió irregularmente con el requerimiento solicitado por la UGPP, remitiendo información en un disco compacto en blanco; no ejerció los correspondientes controles, por ejemplo, poniendo en conocimiento de sus jefes inmediatos las presuntas irregularidades del software, pues de ello no se tiene prueba en el presente proceso, salvo lo que se manifiesta por parte de la actora en torno que lo hizo de forma verbal, pero sin ningún soporte probatorio. Incluso de las pruebas expuestas en precedencia, se pudo evidenciar que la accionante conocía de las funciones del cargo de Jefe de Nómina, entre ellas llevar a cabo lo relativo a afiliaciones al sistema de seguridad social de los trabajadores de la demandada.

En ese orden de ideas, contrario a lo que se concluyó en la sentencia de primer grado, considera la Sala que en la presente causa sí está demostraba la responsabilidad de la accionante en los hechos que le achaca la demandada, por clara omisión en el control de los procesos y procedimientos a su cargo, y la circunstancia de que tales irregularidades conllevaron a realizar reprocesos en la empresa, incluso le acarreó reclamaciones por parte de la ARL, así como de sus trabajadores, especialmente por el hecho de que ante su desafiliación a caja de compensación familiar no recibieran el respectivo subsidio y por supuesto lo

relativo al embargo por parte de la UGPP, lo que contera lleva intrínseca una clara afrenta económica a los intereses de su empleador.

De modo que las faltas señaladas por la empresa a todas luces resultan graves y por supuesto que, con el proceso llevado a cabo por la entidad previo a su despido, no se le vulnera su derecho al debido proceso, pues es claro que la entidad le dio la oportunidad de surtir la etapa de descargos con las garantías del caso y desde luego motivó suficientemente el despido, máxime, cuando ello no se trató de un proceso disciplinario por lo que en todo caso, no había necesidad de las mismas para proceder al despido por una justa causa.

Así las cosas, concluye la Sala que las faltas y causales endilgadas se subsumen en una falta a las obligaciones especiales del trabajador pretéritamente mencionadas, pues de acuerdo con las pruebas antes reseñadas y contrario a lo que concluyó el Juzgado inicial, para esta Sala de Decisión, en el juicio se demostró que la demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones, las cuales constituyen faltas graves que no pueden calificarse de manera distinta a como lo hizo la empresa demandada y que la facultaban para dar por terminado con justa causa el respectivo contrato de trabajo, ya que incumplió con sus deberes y obligaciones.

Respecto de la eventual ausencia de inmediatez entre las conductas endilgadas y la decisión del finiquito laboral, se tiene que las últimas irregularidades advertidas datan de los meses de diciembre de 2016, enero y febrero de 2017, y como quiera que fue citada a descargos el día ocho de marzo de 2017, una vez la empresa recogió información sobre el particular, procedió a su terminación contractual el día 16 de marzo siguiente, por lo que no se avizora rasgo de retaliación o de consentir las irregularidades advertidas, señalando además, que pese a no estar convencionalmente obligada a seguir un procedimiento para el despido, la demandada la escuchó en descargos dándole la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y de contradicción.

Corolario de lo expuesto hasta aquí, resulta suficiente para revocar íntegramente la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primer grado corren a cargo de la parte actora, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

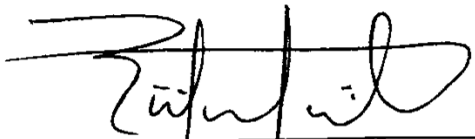
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, **ABSOLVER** a la sociedad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

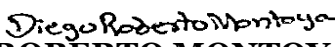
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por DAVID ANDRES GARZON GAMA contra ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Rad. 110013105-032-2019-00716-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **DAVID ANDRES GARZON GAMA** instauró demanda ordinaria laboral contra **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, con la finalidad de que se declare que existió un contrato de trabajo, en consecuencia, se condene a la demandada a realizar su reintegro al mismo cargo o a uno de superior categoría por gozar de fuero circunstancial. Igualmente, se condene al pago de los salarios y aumentos dejados de percibir, junto con las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de junio y diciembre, los aportes a pensión y salud, las primas extralegales señaladas en la Convención Colectiva de trabajo, los auxilios de anteojos, de matrimonio y de estudios. Finalmente, se condene al pago de las costas del proceso y agencias en derecho.

De manera subsidiaria pretende que se condene a la demandada a pagar la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa señalada en la Convención Colectiva de trabajo, más la indemnización moratoria de que trata el

artículo 65 del CST, la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 04 de noviembre de 2010 inició a laborar para ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de Supervisor de Canal Tradicional. Señaló que al momento del despido se encontraba afiliado a la organización sindical Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A.-USTA, la cual suscribió una convención colectiva de trabajo con la demandada y presentó un pliego de peticiones el 16 de junio de 2015. Manifestó que fue despedido sin justa causa el día 13 de junio de 2016, momento para el cual existía un conflicto laboral colectivo. Adujo que recibió la liquidación definitiva después de haber transcurrido más de 20 días, la cual no fue realizada sobre su salario de \$4.128.000, suma que fue usada por la demandada para pagar los aportes a salud y pensión desde marzo hasta junio de 2019. Agregó que la demandada no le informó a la organización sindical sobre su despido (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs. 4 a 15).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que, el demandante no se encontraba amparado por el fuero circunstancial, toda vez que no probó que al momento de la presentación del pliego de peticiones, esto es, el 16 de junio de 2015, estuviera afiliado a la organización sindical USTA o que haya participado de alguna forma en la presentación del pliego, pues aquel se afilió hasta el 06 de junio de 2016, cuando ya se había resuelto el recurso de anulación. Manifestó que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, el fuero circunstancial cobija a los trabajadores sindicalizados o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones. Indicó que la finalización del contrato obedeció a su facultad legal de dar por terminado el contrato de trabajo con el respectivo pago de acreencias laborales. Añadió que pagó al demandante todos los salarios, prestaciones sociales y beneficios extralegales en debida forma, por lo que no procede el pago de la indemnización moratoria, máxime cuando siempre ha obrado de buena fe. Explicó que la Unión Nacional de Trabajadores de Productos Alimenticios-UTA, la Unión de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A.-USTA y el Sindicato de Industria Nacional de Trabajadores de Productos Alimenticios-SINAL, presentaron pliego de peticiones y al finalizar la etapa de arreglo directo decidieron resolver el conflicto colectivo a través de un

tribunal de arbitramento. Mencionó que contra el laudo arbitral que decidió el conflicto colectivo, formuló recurso de anulación, el cual fue resuelto el 08 de mayo de 2019. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación», «prescripción», «compensación» y «buena fe» (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs. 210 a 229).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 17 de agosto de 2021, condenó a la demandada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. a pagar al demandante la suma de \$3.931.223 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST. Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte accionada.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que a la luz del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, la protección del fuero circunstancial sólo cobija a los trabajadores que hayan presentado el pliego de peticiones, lo cual es ratificado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ al manifestar que la protección busca evitar que el empleador no use sus facultades para despedir al grupo de trabajadores que decidieron presentar el pliego de peticiones e iniciar el conflicto colectivo, concluyendo que el fuero se extiende a los trabajadores que presentaron el pliego de peticiones y no a quienes se afiliaron con posterioridad. En ese orden, precisó que no hay lugar al reconocimiento de las pretensiones principales, toda vez que el demandante no estaba afiliado a la organización sindical para el momento de la presentación del pliego de peticiones, contrario sensu, evidenció un abuso del derecho por parte del actor, en los términos de la jurisprudencia de la CSJ, pues aquel realizó su afiliación a la USTA justo siete días antes de ser despedido, advirtiendo que dicho acto se debió a que el mismo ya conocía sobre el proceso de reorganización que se estaba adelantando en el área donde se desempeñaba. Arguyó que no hay lugar a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, ni a las prestaciones sociales, toda vez que fueron pagadas en debida forma, incluso sobre un salario superior al mencionado en la demanda, por ende, no hay lugar a la sanción por no consignación de cesantías.

De otro lado, resaltó que la demandada justificó la mora en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales en el hecho de que el actor tenía un crédito con un fondo de empleados, por lo que debía realizar las gestiones administrativas correspondientes para determinar y pagar las obligaciones pendientes, aunado a que, para el momento de la terminación del contrato estaban

implementando el sistema ESAP incrementando los tiempos de pago. No obstante, aclaró que pese a que la jurisprudencia ha dicho que es válido que el empleador se tarde unos días en efectuar la liquidación, lo cierto es que, el contrato laboral culminó el 13 de junio de 2019 y la liquidación fue pagada el 10 de julio de 2019, no siendo de recibo lo dicho por la demandada, pues al momento de la finalización del vínculo le puso de presente al demandante la liquidación laboral, es decir que no tenía ningún trámite pendiente para poder liquidar las acreencias. En consecuencia, encontró procedente el pago de la indemnización moratoria, por cuanto la accionada obró de mala fe al no pagar de forma inmediata la liquidación, máxime cuando no acreditó la implementación del sistema ESAP.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora, presentó recurso de apelación, argumentando que el A quo interpretó de forma errada el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, violando el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y el derecho a la negociación colectiva. Señaló que el conflicto colectivo inicia con la presentación del pliego de peticiones y finaliza cuando se define el conflicto, ya sea por medio de una convención colectiva, un laudo arbitral o al decidir el recurso de anulación; concluyendo que al momento de la terminación del contrato se encontraba vigente el conflicto colectivo. Mencionó que la interpretación acogida por el A quo, puede llevar a concluir que un trabajador que no participó en la negociación de una convención colectiva no puede beneficiarse de la misma, siendo contradictorio aplicar la convención al demandante aun cuando se afilió después de su suscripción. Reiteró que el demandante «*no posee dotes de adivinación*» (sic) como para saber que lo iban a despedir, de forma tal que no hubo un abuso del derecho de su parte, máxime cuando las afirmaciones de los testigos acerca de la reestructuración de la empresa carecen de sustento probatorio. Aseguró que el fuero circunstancial protege a todos los afiliados a la organización sindical, en tanto, deben recibir todos los beneficios por pertenecer a ella, de forma tal que los empleados sindicalizados puedan entablar diálogos con las empresas sin temor a represalias. Afirmó que el A quo no estudió el abuso del derecho por parte de la demandada, al haber terminado el contrato de trabajo. Por lo anterior, solicitó que se ordene el reintegro del demandante. Añadió que el A quo no se pronunció sobre la consignación tardía de las cesantías, pues no estudió el tiempo en el que la demandada consignó dichos emolumentos durante los años anteriores al despido tal como se solicitó en la demanda, siendo posible condenar al pago de la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Indicó que el A quo afirmó que los empleadores pueden

tomarse un tiempo en pagar la liquidación, empero no explicó de dónde sacó eso, porque a su juicio la ley dice que se debe pagar de forma inmediata a la terminación de la relación. Solicitó que se revoque la totalidad de la sentencia, salvo la condena al pago de la indemnización moratoria.

La demandada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., formuló recurso de apelación parcial, contra el pago de la indemnización moratoria, toda vez que no es una sanción automática sino que se requiere la concurrencia de mala fe del empleador. Precisó que el demandante tenía un crédito con FEVAL, un tercero ajeno a quien la empresa debió solicitar la liquidación de la deuda antes de hacer el pago, circunstancia que constituye una causal objetiva para no cancelar de forma inmediata la liquidación, evidenciando que no se trata de un acto caprichoso de su parte. Afirmó que la liquidación presentada al demandante al momento de la terminación del contrato no era definitiva, toda vez que inicialmente se ofreció terminar de mutuo acuerdo el contrato con el pago de un bono, siendo que el monto de la liquidación dependía de si se aceptaba la terminación por mutuo acuerdo o se realizaba la terminación unilateral. Aseguró que no existió mala fe de su parte, más aún cuando ni siquiera pasaron 20 días hábiles entre la finalización del contrato y el pago de la liquidación, aunado a que, realizó todos los trámites para pagar al demandante lo debido.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque las condenas en su contra. A su vez, la parte actora guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión, en primer lugar, determinar si el demandante se encontraba cobijado por el fuero circunstancial al momento de la terminación del contrato de trabajo y en caso afirmativo, definir los efectos jurídicos que correspondan. En segundo lugar, se debe analizar si procede el pago de la sanción por no consignación de cesantías por los años anteriores a la finalización de la relación. Finalmente, establecer si hay lugar al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis de lo que es objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió una relación laboral desde 04 de noviembre de 2010 hasta el 13 de junio de 2019, como así se evidencia del contenido del contrato laboral obrante en el archivo digital «01. Contrato de Trabajo», así como en la certificación laboral (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, pág. 58), aunado a que en los escritos de demanda y contestación no se invocó oposición alguna frente a tal hecho; contratación que se dio por terminada de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador el 13 de junio de 2019, tal como se observa de la carta de terminación del contrato de trabajo (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, pág. 55). Igualmente, no existe controversia en torno a que la Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A.-USTA, presentó pliego de peticiones ante la demandada el día 16 de junio de 2015 (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs.60 a 71) y que el demandante se afilió a la organización sindical el día 06 de junio de 2019, tal como lo certificó la misma (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs. 154 a 155), aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

Con el fin de dar un orden metódico a los puntos de informalidad en que se edifica la alzada, en primer término, se adentrará esta Sala de Decisión a resolver si el demandante gozaba de fuero circunstancial al momento de la terminación del contrato, para lo cual es necesario mencionar el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que establece lo siguiente:

«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».*

En virtud de lo anterior, el trabajador no podrá ser despedido sin justa causa probada durante la vigencia del arreglo del conflicto colectivo. Al respecto es menes traer a colación lo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3317-2019, señaló:

«Como se puede observar, 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».

Ahora bien, dado que el contrato laboral del demandante fue terminado sin justa causa, el punto central se circunscribe a establecer si para la fecha de la desvinculación aquel gozaba de fuero circunstancial, ya que tanto la demandada, como el A quo han considerado que el actor carecía de la protección, por haberse afiliado a la organización sindical con posterioridad a la presentación del pliego de peticiones, siendo posible finalizar el contrato de trabajo sin justa causa.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó en la sentencia CSJ SL 10 de julio de 2012, rad. 39453, reiterada en las providencias SL 13275-2015, SL 12995-2017, SL4207-2021 y SL2834-2021, lo siguiente:

*«En consecuencia, el artículo 25 mencionado no puede entenderse en los términos sugeridos por el recurrente cuando insinúa que presentado el pliego de peticiones la protección se extiende a todos los trabajadores y en particular en este caso al demandante, dado que la norma no impone el requisito de la afiliación previa al sindicato, con lo cual desde luego, con cierto rodeo, pretende desdeñar la posición del tribunal al negar el reintegro con base en el desconocimiento de la empresa de dicho estado de afiliación del demandante, porque como ya se dijo la norma se refiere a varias hipótesis y **una de ellas ello es que si el conflicto colectivo se hace a instancias de un sindicato el fuero circunstancial protege a los afiliados al mismo, únicamente; mientras que si lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados, sólo estos están protegidos por la anotada garantía**, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte en sentencias de 11 de agosto de 2004, radicado 22.616 y de 28 de febrero de 2007, radicado 29.081. Así lo entendió el ad quem, que partió del supuesto de que el pliego fue presentado por la organización sindical y por ende sus afiliados quedaban amparados, en principio, con el aludido fuero.*

En la última sentencia aludida, dijo la Corte:

“El artículo 25 del Decreto 2351, prohíbe los despidos sin justa causa comprobada de los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones, protección que está comprendida desde la presentación de dicho pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para la solución del conflicto.

*Los artículos 10 y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, señalaron que **la protección antes dicha cobijaba a los trabajadores afiliados a un sindicato y a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de la presentación de tal pliego al empleador, hasta cuando el conflicto se solucionara mediante la firma de la convención colectiva o del pacto colectivo, o hasta que quedara ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso.***

La anterior reseña normativa es clara, en principio, en distinguir cuales son los trabajadores amparados por el denominado fuero circunstancial, que no son otros que los afiliados al sindicato que hayan presentado un pliego de peticiones, o a los trabajadores no sindicalizados que igualmente hubieran presentado un pliego de esa naturaleza.

Así lo ha dejado entrever la Corte, tal como puede observarse en la sentencia de casación del 11 de agosto de 2004, radicación 22616, al expresar que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, “contiene una verdadera prohibición para el empleador y es la relacionada con despedir sin justa causa a partir del momento de serle presentado el pliego de peticiones, a cualquiera de los trabajadores que lo hubieren hecho, es decir, a los miembros del sindicato si es este el que lo presenta o a los que figuren expresamente en la lista correspondiente cuando lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados”.

Sin embargo, tal entendimiento no se queda en la literalidad de las disposiciones como parece concebirlo el Tribunal, por lo siguiente:

Es indudable que la teleología de las normas apunta a mantener el equilibrio de fuerzas entre los trabajadores comprometidos o interesados en el conflicto --sean o no sindicalizados-- y el empleador con el fin de evitar que éste, prevalido de su poder subordinante, utilice el despido de sus servidores para mermarles su capacidad de negociación y de contratación. Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz.

Pero si esa protección comprende inicialmente a los trabajadores que hubieran presentado el pliego de peticiones, nada se opone a que la misma se extienda a aquellos que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical. La misma teleología atrás comentada comprende esta hipótesis.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

En ese orden, se advierte que en tratándose de trabajadores sindicalizados, el fuero circunstancial está llamado a cobijar a quienes están afiliados al sindicato al momento de la presentación del pliego de peticiones y a los empleados que se vinculan en el transcurso del conflicto colectivo. De tal forma que el fuero circunstancial beneficia sólo a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, cuando se trata de un grupo de empleados no sindicalizados que deciden entablar un conflicto colectivo con su empleador, no siendo posible extender el beneficio a todos los trabajadores de la empresa. En consecuencia, es claro que el fuero circunstancial cobija a los trabajadores que estando afiliados a una organización sindical presentan un pliego de peticiones o se vinculan a ella mientras perdura el conflicto colectivo y a los trabajadores que pese a no pertenecer a un sindicato, deciden presentar un pliego de peticiones.

Así las cosas, en el caso de marras se encuentra demostrado que la Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A.-USTA, presentó un pliego de peticiones ante la demandada el día 16 de junio de 2015 (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs.60 a 71), iniciando el conflicto

colectivo en esa fecha, el cual fue decidido por un Tribunal de Arbitramento el día 11 de abril de 2018 (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs. 95 a 140), decisión contra la cual se formuló el recurso extraordinario de anulación que fue desatado por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ mediante providencia del 08 de mayo de 2019 (Exp. Digital: 05. Sentencia), siendo este el momento en el que finalizó el conflicto colectivo.

Así mismo, se debe poner de presente que el demandante se afilió a la organización sindical USTA el 06 de junio de 2019, toda vez que así lo demuestra la Certificación expedida por dicha organización el 08 de julio de 2019 (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs. 154 a 155), acto que fue notificado el mismo día a la demandada, tal como lo prueba el sello de recibido plasmado en el documento obrante en el archivo digital «07. Notificación USTA».

De conformidad con lo anterior, se vislumbra diáfananamente que cuando el demandante se afilió a la organización sindical USTA, esto es, el 06 de junio de 2019, ya no existía un conflicto colectivo, pues la sentencia que decidió el recurso extraordinario de anulación dio por finalizado el mismo, por lo que no es posible afirmar que el demandante gozara de fuero circunstancial para el momento en el que se finalizó el contrato laboral, pues como se dijo, aquella protección sólo cobija a los trabajadores afiliados que presenten un pliego de peticiones y a quienes se vinculan al sindicato mientras perdura el conflicto colectivo.

De esta manera, no es posible acceder a la solicitud de protección del fuero circunstancial, al hallarse demostrado que para el momento de la afiliación del demandante a la organización sindical y más aún, para el momento en el que se finalizó la relación laboral, ya no se encontraba vigente el conflicto colectivo entre la USTA y la demandada, lo cual resulta suficiente para confirmar la decisión en este puntual aspecto.

Ahora bien, es pertinente traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en torno al abuso del derecho de asociación sindical:

«El artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 contempla una garantía especial para el derecho a la negociación colectiva, en el sentido que los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego de peticiones y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto colectivo.»

Según la jurisprudencia de la Sala, la finalidad esencial de esta norma es evitar 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» (CSJ SL3317-2019).

En tal dirección, la Corte ha establecido que el fuero circunstancial surge con la sola presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical interesada y comprende todas las etapas del conflicto colectivo hasta su resolución definitiva (CSJ SL4142-2019). En la providencia anteriormente citada, la Sala explicó:

Pues bien, conviene recordar que el diferendo colectivo nace con la presentación del pliego de peticiones al empleador, bien sea por parte de la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, hecho que trae consigo una serie de obligaciones para los actores de la relación laboral. De un lado, para el empleador, la de dar inicio a la etapa de arreglo directo y recibir a los representantes del sindicato o grupo de trabajadores en los plazos estipulados en el artículo 433 del Estatuto Laboral; por el otro, para estos últimos, la de realizar todas las gestiones administrativas –artículo 433, numeral 2.º ibidem– y judiciales que estén a su alcance con el fin de promover el inicio de las conversaciones de arreglo directo e impulsar el proceso de negociación.

Ahora, debe destacarse que la jurisprudencia constitucional ha adoctrinado que la teoría del abuso del derecho supone que el titular de los derechos o facultades establecidos en el ordenamiento haga un uso de estos en forma contraria a sus fines, a su alcance y a la extensión permitida por el sistema jurídico, pues ello comporta un desbordamiento de los límites fijados en la Constitución o en la ley con independencia que ello conlleve un daño a terceros, pues «es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho mientras el daño le es meramente accidental» (SU- 631-2017); y en similar sentido lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SL1983-2020).

La teoría del abuso del derecho que conduciría a sostener que el ordenamiento jurídico otorga derechos o prerrogativas a las personas bien sea naturales o jurídicas sin que estas se encuentren legitimadas de ninguna manera a hacer un ejercicio extralimitado, tiene su fundamento en el artículo 95 de la Carta Política de 1991, según el cual son deberes «respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios», y mantiene una relación directa con el principio de la buena fe contemplado en el artículo 83 superior y 55 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así, corresponde al juez del trabajo revisar en cada caso particular si los titulares de los derechos están efectuando un ejercicio indebido para lograr beneficios ajenos a los fines mismos que estos pretenden, pues, se reitera, solo las particularidades sustanciales permitirán determinar si hay o no abuso del derecho en un caso particular (CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 46175).

Por tanto y para responder a los reparos de la censura, la Corte advierte que el simple ejercicio de las garantías mínimas de la libertad sindical contempladas como parte del bloque de constitucionalidad y relativas a la multifiliación sindical, la pluralidad de sindicatos y la autonomía para proponer conflictos colectivos del trabajo, lo cual implica en algunos casos el surgimiento de fuero circunstancial, no implica per se un abuso del derecho, por cuanto el ordenamiento jurídico es el que permite ejercer la libertad sindical en tales condiciones mínimas, de modo que no es posible aducir una extralimitación por el mero hecho de su ejercicio (CSJ SL1983-2020).

(...)

En síntesis, debe señalarse que los trabajadores pueden ser beneficiarios de la estabilidad laboral por fuero circunstancial derivada de la presentación de un pliego de peticiones, y que hagan

a través de las diversas organizaciones sindicales existentes en una empresa, desde que ello, por supuesto, no implique un verdadero abuso del derecho o no desfigure los fines de la libertad sindical»
(CSJSL919-2021).

En este punto, se deben observar los siguientes documentos obrantes en el plenario:

- Carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa del señor Fredy Orlando Bolívar Acosta fechada del 07 de junio de 2019 (Exp. Digital: 10. Terminación)
- Contrato de transacción suscrito por el señor Diego Alberto Velásquez Palacio, el día 08 de junio de 2019, mediante el cual se acordó la terminación del contrato de trabajo de mutuo acuerdo (Exp. Digital: 09.1. Terminaciones Mutuo)
- Contrato de transacción suscrito por el señor Jhohan Fernando Dalleman Delgado, el 13 de junio de 2019, mediante el cual se acordó la terminación del contrato de trabajo de mutuo acuerdo (Exp. Digital: 09.2. Terminaciones Mutuo)
- “Estatus canal Tradicional” en el que se evidencia que desde febrero de 2019 se presentaba un decaimiento en las ventas de 1.400 millones y un decrecimiento acumulado del 7,6%, quedando como solución ajustar el gasto de la operación a 47 personas (Exp. Digital: 08. Estatus canal).

Asimismo, se debe tener en cuenta lo manifestado por el demandante en el interrogatorio, al afirmar que el día en que finalizó su contrato de trabajo también fue despedido otro trabajador, así como que pese a que se arguyó una terminación sin justa causa, la terminación obedeció a su afiliación al sindicato. Igualmente, el señor Iván Cortes López, ex presidente de la organización sindical USTA y trabajador de ALPINA hasta el 21 de julio de 2021, declaró que el demandante se afilió a la misma el 06 de junio de 2019, acto que le fue notificado a la empresa el mismo día y que el demandante fue despedido sin justa causa por la demandada en julio de 2019, momento para el cual se encontraba pendiente la decisión del recurso extraordinario de anulación.

También las declaraciones del señor Nelson Armando Duarte Murcia, ex Gerente Comercial para la Región de Cundinamarca y los Llanos Orientales de la demandada y de la señora Paola Andrea Macana Orozco, actual Business Partner de Talento de la accionada, coincidieron en argüir que la empresa decidió adoptar una estrategia de reorganización dentro del Canal de Distribución Tradicional con

el fin de garantizar la sostenibilidad financiera, ya que las ventas estaban decayendo, decisión que se tomó luego de aproximadamente un mes de estudio interdisciplinar con los diferentes departamentos de la accionada, incluyendo el de ventas, es decir al que pertenecía el demandante. Al respecto, se debe aclarar que tales declaraciones merecen ser valoradas y tenidas en cuenta, toda vez que gozan de plena credibilidad, coherencia y sin rastro de sesgo, pues guardan cohesión con las pruebas antes relacionadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para esta Sala que existen circunstancias previas a la terminación del contrato de trabajo, por las cuales el demandante podía inferir que su contrato laboral sería finalizado, pues tal como se vio, la decisión de reorganizar el área de trabajo, fue tomada luego de un estudio que incluyó al mismo equipo de ventas, aunado a que, la situación de decrecimiento en las ventas dentro del Canal Tradicional, era de resorte del cargo del actor, por ser el Supervisor Canal Tradicional, sin que fuera necesario tener «dotes de adivinación» como lo afirmó el apoderado de la parte actora. Por ello, se advierte que la conducta del demandante se encuadra dentro de los postulados del abuso del derecho definidos por el máximo Tribunal, dado que, ejerció su derecho de asociación sindical en forma contraria a los fines del mismo, pues su verdadera motivación era evitar que la demandada diera por finalizado su contrato de trabajo, como ya lo había hecho con otros trabajadores de su área de trabajo. Se debe agregar que llama poderosamente la atención de esta Corporación, que la afiliación del accionante a la organización sindical ocurrió en forma concomitante con la finalización del contrato de trabajo de algunos de sus compañeros, tal como se observa de los documentos antes aludidos, aunado a que, resulta singular que la parte actora en ninguna de las oportunidades procesales haya argüido que los demás trabajadores despedidos en las mismas fechas que el demandante hubieran hecho parte de la organización sindical, siendo un motivo más para encontrar que la terminación del contrato de trabajo del demandante no tuvo origen o motivación por su afiliación a la organización sindical, ni con el ánimo de diluir a los trabajadores sindicalizados.

Así las cosas, esta Corporación confirmará lo atinente a este punto de la apelación, pero por razones distintas a las establecidas por el Juez de Primera Instancia.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

De otro lado, el apoderado judicial de la parte actora arguyó en su recurso de apelación que, respecto de la reliquidación pretendida de manera subsidiaria el A quo no se pronunció sobre la sanción por no consignación de cesantías, pese a que

ella es procedente por cuanto la demandada consignó de forma tardía las cesantías en los años anteriores a la terminación del contrato.

Con el fin de resolver el segundo problema jurídico planteado, es menester precisar que la parte actora en la tercera pretensión subsidiaria solicitó:

«Que se condene a la demandada: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIO S.A., a pagarle al señor: DAVID ANDRES GARZON GAMA, la sanción de conformidad con lo señalado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al no pagarle las cesantías con el promedio salarial realmente devengado». (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs. 210 a 229)

Ahora bien, en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS celebrada el 11 de agosto de 2021, el A quo fijó el litigio en los siguientes términos:

«Determinar si para el momento en el que se terminó el contrato de David Andrés, el mismo estaba amparado por un fuero circunstancial, y como consecuencia de dicho fuero, si hay lugar al reintegro al mismo cargo o uno de similares condiciones al que ostentaba y al pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde la desvinculación hasta el momento del reintegro. De manera subsidiaria, habrá de determinarse si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales e indemnización que le fueron reconocidas a David Andrés al momento de la terminación de su contrato de trabajo».

Obsérvese que lo solicitado en el recurso de alzada dista de lo pretendido en el escrito de demanda, pues la causa petendi estuvo dirigida a reclamar la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por haber sido liquidadas con base en un salario diferente al realmente devengado por el actor, tal como se observa de los hechos de la demanda en los que se refiere a que las cesantías no fueron liquidadas sobre el salario real de \$4.128.000, mientras que en la apelación, el apoderado procura que se pague la sanción aludida, por haber sido consignada de forma tardía en los años anteriores a la terminación del contrato, un hecho nuevo que no fue discutido en el curso del proceso, ni controvertido. Además, al momento de la fijación del litigio se consignó que el estudio de la reliquidación sería en torno a lo pagado al momento de la terminación del contrato, etapa en la que el apoderado de la parte demandante tuvo la oportunidad de pronunciarse para manifestar su inconformidad, empero decidió no hacerlo.

Por ello, en virtud del principio de congruencia, no es dable pronunciarse sobre un hecho que no fue debidamente controvertido en el curso del proceso, de lo contrario se afectaría el derecho de contradicción y defensa de la demandada, sin que sea dable desde luego a esta instancia, dar aplicación a las facultades ultra y extra petita.

No obstante, en gracia de discusión, se debe decir que el demandante confesó en el interrogatorio de parte que su salario básico era de \$2.207.100, suma sobre la que se liquidó su salario básico al momento de la terminación del contrato de trabajo, aclarando que el salario variable al que tenía derecho también se le pagó de conformidad con la liquidación obrante en el archivo digital «12. Liquidación». De modo tal, que no se acreditó que el salario del demandante correspondiera a la suma de \$4.128.000 como se afirmó en el escrito demandatorio para fundamentar la petición de reliquidación de salarios y prestaciones sociales pagadas al momento de la finalización del contrato laboral, siendo improcedente la solicitud de pago de sanción por no consignación de cesantías.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ART. 65 DEL CST

Finalmente, en lo que hace relación al reproche de la demandada respecto de la indemnización moratoria, consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, reformado por la Ley 789 de 2002, al ordenar que a la finalización del contrato de trabajo, el empleador que no haya cancelado salarios y prestaciones sociales, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se obliga a pagar una indemnización equivalente a un día de salario por cada día de mora, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y a partir del mes 25 si no ha presentado satisfacción de tales obligaciones, deberá intereses moratorios a la tasa más alta de los créditos de libre inversión certificado por la Superintendencia Financiera.

Como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria pedida tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Descendiendo al caso que nos ocupa, observa la Sala de Decisión que la demandada al momento de la finalización del contrato de trabajo, no le adeudaba salarios, prestaciones sociales, o su reliquidación, ni aportes a seguridad social, hecho que de entrada conlleva a que no sea viable la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, siendo claro que la parte actora no discute o manifiesta que la demandada haya sido impuntual en el pago de salarios y prestaciones sociales; sumado a ello, no se observó su intención de sustraerse del pago de los saldos insolutos a la desvinculación del demandante, pues el contrato terminó el 13 de junio de 2019 y procedió a la liquidación de sus prestaciones sociales finales el mismo día, mientras que el pago lo realizó el 01 de julio de 2019 (Exp. Digital: 13. Constancia paga), por lo que hubo un espacio de 18 días entre la terminación y el pago de lo debido, tiempo que no se considera desproporcional, ni arbitrario, pues es el que usualmente puede llegar a demorarse un empleador en pagar lo debido, lo cual se acompasa con el criterio que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado desde la sentencia 6666 del 30 de mayo de 1994.

Por lo tanto, considera la Sala que las actuaciones de la accionada no estuvieron revestidas de mala fe, siendo claro para la Sala de Decisión que no es procedente la condena a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, ni la sanción por no consignación de cesantías, tal como se dijo en precedencia, por cuanto en el presente asunto no existe un impago de salarios y prestaciones, o mora injustificada, o mala fe de la demandada.

Consecuente con lo anterior, se revocará lo decidido en tal sentido en la sentencia apelada y se absolverá de todas y cada una de las pretensiones. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron y las de primera instancia correrán a cargo de la parte demandante por resultar vencida en juicio, de conformidad con el artículo 365 del CGP.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

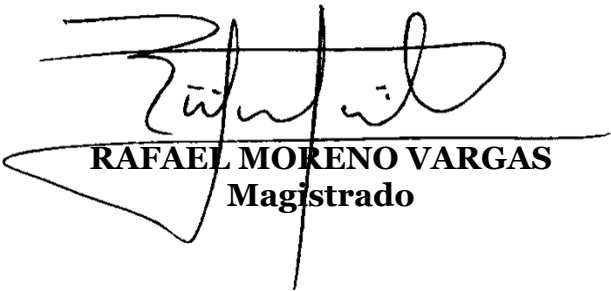
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de JOSE LUIS WILLIAMS CRUZ
contra AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A. – ABPS-. Rad.
11001 31 05 033 2019 00510 01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JOSE LUIS WILLIAMS CRUZ**, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A. – ABPS**, mediante la cual solicitó declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, y que ha tenido lugar desde el 5 de febrero de 2016, a la fecha sin solución de continuidad. Que se declare que el accionante por su patología de Artrosis Degenerativa Bilateral de Caderas, que le genera una discapacidad, goza un fuero especial de estabilidad reforzada. Además de ello, que se declare que el despido efectuado el 27 de noviembre de 2018 se produjo de manera ilegal y sin permiso de la autoridad competente razón por la cual no tiene efectos jurídicos. Por lo tanto, que se mantenga en firme la decisión del Juzgado 56 Civil

Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C., el cual mediante sentencia de tutela de 23 de enero de 2019 tuteló como mecanismo transitorio el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, salud, mínimo vital, igualdad y estabilidad laboral reforzada del accionante. Como consecuencia, se declare y se ordene el reintegro definitivo a un cargo en el que se respeten sus recomendaciones laborales en la empresa en atención a la estabilidad laboral reforzada que le cobija. Finalmente se condene en lo extra y ultra petita a lo que resulte probado y además se condene en costas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que suscribió contrato a término indefinido con la empresa AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICE S.A., donde cumplía funciones de atención de clientes vía telefónica, dependiendo de la campaña que le asignara el empleador. Que desde el 2016 el accionante comenzó a sufrir dolor lumbar fuerte, el cual se agudizó con el paso del tiempo, y luego de realizar los estudios correspondientes se le diagnosticó ARTROSIS DEGENERATIVA DE CADERA en plan de reemplazo total de cadera como enfermedad de origen común. Que debido a las labores que desempeñaba en el trabajo, el accionante indica que los dolores nunca cesaron, ya que, al estar en posición estática sentado durante tiempos prolongados, los dolores aumentaron lo que lo llevo a acercarse al servicio médico de urgencias. Adujo que, a raíz del quebranto de salud, requirió asistencia médica de la enfermedad teniendo como fecha inicial el 30 de enero de 2017 y última fecha 16 de noviembre de 2018. Que las incapacidades generadas a raíz de la asistencia los servicios de urgencia, fueron comunicadas a la empresa tal como lo demuestran los comprobantes emitidos para los pagos de incapacidades por partes de la EPS Cruz Blanca, como prueba en donde se especifica el diagnostico. Agregó que el 12 de octubre de 2018, se le realizó al accionante un examen de aptitud laboral, con el cual le realizaron una serie de recomendaciones laborales donde se señalaba la necesidad de que se hiciera una valoración con ortopedia. Que el 28 de noviembre de 2018, el medico Juan Pablo Galeano Lizarazo adscrito a COLMEDICOS, realizó la revisión de egreso del accionante señalando como recomendación general continuar en su entidad de salud, evaluación y plan de manejo de su patología osteomuscular por ortopedia. Señaló que la enfermedad que padece fue adquirida hace más de 2 años y es de orden degenerativo, donde los medicamentos pueden mitigar un poco la molestia de sentir dolor todo el día. A su vez, que la situación descrita cambió por completo su vida cotidiana por lo que debe ser considerado como una persona en condición de discapacidad, que no puede realizar las tareas que antes desarrollaba con facilidad y ahora le representa dolores fuertes y constantes. Por la misma razón, a pesar de su

edad no tiene las mismas oportunidades de empleo, pues manifiesta que nadie va a querer contratar a una persona que padece una enfermedad que limita su capacidad productiva. Señaló que el 27 de noviembre de 2018, recibió carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa, indicando que el último día de trabajo sería en esa misma fecha, ante lo cual especificó que estaba enfermo en condición de debilidad y que por lo tanto no estaba de acuerdo con esa determinación.

Seguido de ello, señaló que el 14 de enero de 2019, presentó acción de tutela como mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable, en contra la accionada. Que el Juzgado 56 Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. mediante sentencia de tutela de 23 de enero de 2019, tuteló como mecanismo transitorio el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, salud, mínimo vital, igualdad y estabilidad laboral reforzada. Además de ello, ordenó a la empresa ABPS el reintegro del accionante sin solución de continuidad de conformidad con las restricciones médicas, el pago de los salarios y prestaciones sociales que legalmente le corresponden desde el momento de la desvinculación, el pago los aportes al sistema general de seguridad social, desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se hiciera efectivo el reintegro y el pago de la sanción consistente en 180 días de salario. De igual forma, dado el otorgamiento de la protección tutelar, se le advirtió que contaba con 4 meses para instaurar la acción ordinaria correspondiente con el fin de que se decida de fondo sobre los hechos que dieron origen a la acción. Que el 28 de enero de 2019, a través de acta de constancia de cumplimiento del fallo de tutela emanado, la empresa deja constancia que se realiza el reintegro en la labor de Agente Telefónico desde el 28 de noviembre de 2018, asimismo, señaló que se procedería a reactivar en el sistema de seguridad social desde el 28 de noviembre de 2018; en el mencionado acuerdo, la empresa se comprometió a cancelar los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación de 27 de noviembre de 2018 hasta la fecha de reincorporación.

Manifestó que la empresa ABPS canceló los salarios dejados de percibir, las prestaciones sociales, la indemnización decretada por el juez de tutela y procedió a descontar lo que le había sido cancelado como liquidación definitiva, conforme a lo que se ordenó dentro del fallo de tutela. Finalmente, expresó que actualmente continúa con sus tratamientos médicos por sus patologías y está laborando dentro de una de las campañas que tiene la empresa, cumpliendo con sus obligaciones contractuales a cabalidad (fls.3-16).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICE S.A. contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones; para ello argumentó que durante la vigencia de la relación laboral, el accionante prestó sus servicios normalmente. Que si bien es cierto, tuvo unos temas menores de salud, estos fueron recuperados rápidamente y que no lo convierten en una persona limitada ni discapacitada en los términos de ley. Por otro lado, adujo que no aportó evidencia en los anexos de la demanda que haya calificado y que se haya determinado que padece artrosis degenerativa de cadera y mucho menos que se haya determinado que dicha enfermedad le haya generado pérdida de capacidad laboral alguna. Mencionó que el examen ocupacional de egreso del accionante arrojó como resultado satisfactorio desde el enfoque de salud en el trabajo. Que al momento de la terminación del contrato de trabajo el accionante no era una persona limitada ni discapacitada en los términos del artículo 7 del decreto 2463 de 2001, artículo 1 y 5 de la ley 361 de 1997, los cuales definen a las personas discapacitadas o con limitaciones, como aquellas que tienen un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 25%. Adujo que por sustracción de materia, al no gozar del fuero de salud pretendido, no hay lugar al reintegro ni pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social ni a ningún otro concepto con posterioridad al despido del demandante, por lo anterior, no procede que se mantenga el reintegro ordenado de forma errada por el juez constitucional. Así las cosas, aclaró que, en el caso del accionante, este no era sujeto de protección especial de la ley 361 de 1997 y por consiguiente no le asiste derecho al reintegro pretendido y que mucho menos hay lugar a solicitar autorización de despido ante el Ministerio del Trabajo. Finalmente se opuso a la condena en costas, agencias en derecho y a la condena en lo ultra y extra petita ya que en el expediente no reposan documentos que acrediten los gastos en que se incurrieron. Propuso como excepciones de fondo las de “inexistencia de la obligación”, “prescripción” y “compensación” (Fls 109 a 129.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el día 17 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del despido de JOSE LUIS WILLIAMS CRUZ, ocurrido el 21 de noviembre de 2018, por haber sido discriminatorio por sus condiciones de salud y por haberse efectuado sin autorización del Ministerio del Trabajo. Igualmente ordenó a la accionada mantener al accionante en el cargo que viene desempeñando o reubicarlo en uno de igual o superior categoría, de acuerdo con sus capacidades siempre y cuando no se

desmejore su estado de salud. Asimismo, tuvo por compensadas a las partes en virtud al cumplimiento por parte de la accionada de orden de reintegro y pago de carácter constitucional respecto de las condenas económicas. Igualmente, conminó al accionante a acatar las instrucciones médicas tendientes a aminorar los efectos de la enfermedad degenerativa que padece, por lo que deberá acreditar ante el empleador que se acatan con las prescripciones, tratamientos e intervenciones médicas, sin perjuicio de que el empleador facilite los permisos necesarios para la materialización de los mismos. Finalmente, declaró no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de las obligaciones impetradas y condenó en costas a cargo de la accionada señalando agencia en derecho por la suma de 3 SMLMV. (Fls 239 a 244.)

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que de acuerdo a los criterios normativos y jurisprudenciales a los que se hace referencia en la sentencia SU-049 de 2017, se da un alcance de lo que es la estabilidad laboral reforzada para efectos de determinar que no se requiere de una calificación sino de una existencia y condición de salud que conlleve a dificultad o imposibilitar la prestación del servicio para el cual fue contratado el trabajador. Por tal razón, señaló que teniendo en cuenta las jurisprudencias y las tesis de la CSJ, aquellos casos en los cuales no se tenga una calificación de la pérdida de capacidad laboral, la jurisdicción laboral incluso el juez constitucional, puede entrar a valorar aquellos medios que permitan identificar si se encontraba o no el trabajador ante situaciones que impiden o dificultan sustancialmente el desempeño de sus labores. Mencionó que el criterio que se ha venido manejando es que no se requiere una calificación de la pérdida de capacidad laboral, y que, por lo tanto, sí deben analizarse cuales son las particularidades del trabajador para identificar si hubo afectación o no de la prestación del servicio para la que fue contratado. Añadió que en la sentencia T-020 de 2021, indica que la estabilidad laboral reforzada no solo protege a los trabajadores que presentan una pérdida de capacidad laboral calificada y que esta garantía amparada para quienes tienen afectación en salud que presente el impedimento del desarrollo de la labor o el desempeño de las mismas; es por eso que esta misma dice que si un empleador pretende desvincular a una persona que se encuentre en esta situación debe tener la autorización del inspector del trabajo. Adujo que se deben tener en cuenta tres aspectos al momento del despido, el primero, que la condición del trabajador dificulte el desempeño de sus funciones, el segundo, que estas circunstancias, diagnósticos, padecimientos del trabajador sean conocidos por el empleador antes del despido y finalmente que no exista causal objetiva que fundamente la desvinculación donde estos aspectos son fijados años anteriores donde estas reglas

están vigentes para el momento donde se comenzó a prestar el servicio y al momento de terminar el vínculo laboral de manera unilateral. Se probó que el accionante padece ARTROSIS DEGENERATIVA, HIPERTENSION ARTERIAL SISTEMICA, y otros padecimientos; encontró además que entre el 2017 y 2018 tuvo aproximadamente 19 incapacidades médicas, la mayoría son entre 3 y 4 días, una de ellas fue de 10 días, también allegó certificado médico ocupacional de 12 de octubre de 2018, donde se recomendó bajo título de observaciones que el accionante debía evitar subir y bajar escaleras con regularidad, debía evitar movimientos repetitivos con flexioextensión o rotación de la columna, pausas activas de 5 minutos por cada hora de actividad continua y control de nutrición por alteración en el peso donde estas recomendaciones se refiere que tiene vigencia de 60 días donde se sugiere nueva valoración para el concepto de ortopedia, se le ordenó además, ir a fisioterapias y se encuentra pendiente una cirugía de reemplazo de cadera, situación médica que se encontró acreditada. Mencionó que existen dos elementos frente a los cuales puede haber contradicción entre si se limitaba o no al accionante en su prestación del servicio por cuanto los elementos de juicio si bien no se impide la prestación del servicio si dificulta la prestación del servicio que actualmente presta a la empresa. Además de ello, en efectos se encontraron incapacidades frecuentes probadas en las documentales, sin contar con los tiempos que debía faltar al trabajo para cumplir consultas de terapia física, teniendo en cuenta además que a raíz del dolor muchas veces no se le permitía movilizarse solicitándole ayuda así a su superior considerando así que se encuentra acreditado que esa artrosis le dificultó desempeñar labores en las condiciones regulares. Por lo anterior, indicó que estos padecimientos no difieren en la fecha en que se terminó el contrato, en efecto ya se encontraba diagnosticada la enfermedad, pero los síntomas aparecieron desde el 2016, persistiendo los mismos a noviembre de 2018 mes de la terminación unilateral del contrato, donde a pesar de no contar con una incapacidad para ese mes, si resultaba palpable para el actor desarrollaba las actividades con sus dolores. Ratificó si bien es cierto no se impedía la prestación del servicio por parte del accionante si dificultaba el desempeño de sus funciones aun con el dolor que se padece por la enfermedad (fls. 243-244).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la empresa AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICE S.A. presentó recurso de apelación, señalando en síntesis que, el juez de primera instancia había tenido por probado sin estarlo, que las dolencias del señor Williams Cruz lo limitaban sustancialmente para cumplir sus

funciones, siendo esto un presupuesto jurisprudencial para gozar de estabilidad laboral reforzada. Igualmente, señaló que el juez tuvo por probado sin estarlo, que la terminación del contrato de trabajo fue discriminatoria por parte del empleador.

Explicó que, el señor José William Cruz, no estaba imposibilitado para prestar sus servicios, y que incluso las recomendaciones médicas que le fueron dadas eran de carácter general, ya que las pausas activas se las dan a todos los trabajadores ya que es un tema de seguridad y salud en el trabajo, en cuanto a las recomendaciones de no subir ni bajar escaleras y referente a nutrición, adujo que estas son generales y no tienen que ver con el desarrollo de la función del actor, aunado a ello, dijo que el actor confesó en su interrogatorio que cumplía sus funciones de manera normal. Finalmente, en cuanto al despido, adujo que se dio porque la campaña a la que estaba inscrito, había finalizado, incluso indicó que no solo fue despedido el actor sino 34 personas más.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión: la apoderada de la sociedad demandada se ratificó en los aspectos que mencionó en su recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada; la apoderada del actor, por su parte solicitó confirmar la sentencia, dada la estabilidad laboral reforzada de la que goza el demandante JOSÉ LUIS WILLIAMS CRUZ.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si el aquí demandante es beneficiario de la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al momento de la terminación de su contrato de trabajo, o si por el contrario la terminación del vínculo laboral obedeció a una causal objetiva.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo, desde el 5 de febrero de 2016 (fls. 28-29 y 131-132), y el cual finalizó el 27 de noviembre de 2018 (fls. 63 y 133), fecha en la cual el señor JOSÉ LUIS WILLIAMS CRUZ fue despedido; que posteriormente, el 28 de

enero de 2018, fue reintegrado con ocasión del cumplimiento de acción de tutela proferido por el Juzgado 56 Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. (fls. 76-89 y 156-162).

Igualmente, se encuentra demostrado que el demandante, presentaba afectaciones en su estado salud por enfermedades denominadas ANTRALGIA DE CADERA BILATERAL, COXARTROSIS, ARTROSIS DEGENERATIVA e HIPERTENSIÓN, aproximadamente desde el año 2016, y que a raíz de estas afectaciones se encontró incapacitado en varias oportunidades y sometido a tratamientos como terapias físicas para fortalecimiento muscular y manejo del dolor, así como medicación (fls. 34-62). Adicionalmente, se tiene que el señor WILLIAMS CRUZ, contaba con recomendaciones médicas del 12 de octubre de 2018, consistentes en *“EVITAR SUBIR Y BAJAR ESCALERAS CON REGULARIDAD, – EVITAR MOVIMIENTO REPETITIVOS DE FLEXO EXTERNSION O ROTACION DE LA COLUMNA, - PAISAS ACTUVAS DE 5 MINUTOS POR CADA HORA DE ACTIVIDAD LABORAL CONTINUA, - CONTROL NUTRICION POR ALTERACION EN EL PESO, - ESTAS RECOMENDACIONES TIENEN UNA VIGENCIA DE 60 DIAS, NUEVA VALORACION CON COCEPTO DE ORTOPEDIA”* (fls. 65).

La corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de noviembre de 2018 (fls. 63 y 133).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para lo protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a

otra forma de interpretación para calificar si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas al caso concreto, considera esta Sala de Decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada siquiera como moderada, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el

estado de salud de la trabajador y el despido o la desvinculación laboral de que fue objeto y, que el empleador conociera previamente de dicha limitación.

Conforme a lo anterior, es claro para la corporación que el demandante debe acreditar que hay una limitación o afectación en su estado de salud para ejercer la labor que venía ejecutando normalmente, y que el empleador conocía de ella previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar la protección de la Ley 361 de 1997, lo cual es consecuente con la fuerza vinculante de las sentencias de exequibillidad de la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación de la norma que se invoca y la sentencia de unificación mencionada.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión, el debate del asunto se centra en establecer si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor JOSE LUIS WILLIAMS CRUZ se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que la demandada el día 27 de noviembre de 2018 entregó al demandante misiva en la cual se le informaba sobre la terminación de su contrato laboral a partir de esa fecha (fls. 63 y 133), lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si el actor contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que su estado de salud pudo dar lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Así las cosas, una vez revisada la documental aportada a folios 34-62, es claro que el demandante desde el año 2016 venía presentando fuertes dolores y afecciones en la cadera izquierda, sumado a artrosis e hipertensión y que, al momento de la entrega de la carta de finalización de su contrato de trabajo, se encontraba bajo recomendaciones médico laborales (fls. 65). Aunado a lo anterior, de las múltiples incapacidades que presentó el accionante a su empleador durante los años 2017 y 2018, se puede establecer que su empleador conocía los padecimientos de salud del accionante. Asimismo, en la prueba de interrogatorio de parte que rindió el demandante señaló que para la época en que desarrolló sus funciones en Sanidad Militar, usaba bastón por su sobrepeso y con las recomendaciones médicas vigentes debió solicitarle a su jefe en varias ocasiones que lo ubicara en otro escenario laboral ya que sufría mucho por sus fuertes dolores y se le dificultaba registrarse para cumplir el turno correspondiente.

Ahora bien, aunque se tiene que el demandante igualmente declaró que trabajaba y cumplía con las funciones encomendadas en forma regular, esto no puede servir de

pretexto para desconocer su deficitario estado de salud del que era conocedor previamente su empleador, como quiera que, aunque tomaba las citas médicas y tratamientos por fuera de su horario laboral a fin de no perjudicar su parte laboral ni a la empresa, lo cierto es que este se encontraba deteriorado en su estado de salud y con algunas limitaciones conocidas por su jefe inmediato.

En ese orden de ideas, del anterior barrido probatorio, se palpa con meridiana claridad que la demandada siempre tuvo conocimiento del deficitario y previo estado de salud del actor al momento del finiquito laboral, por lo cual considera esta Sala de Decisión que no podía ser despedido o terminado su contrato sino con previa autorización del Ministerio del Trabajo; pues el empleador aquí demandado tuvo conocimiento del estado de la limitación física que soportaba el demandante al momento de terminar el contrato de trabajo el 27 de noviembre de 2018.

En gracia de discusión, de la lectura de la misiva de terminación del contrato de trabajo se observa que el mismo fue finalizado de manera unilateral y sin justa causa, tal como pasa de verse: *“AMERICAS PROCESS BUSINESS SERVICES S.A., se permite informarle que ha decidido terminar unilateralmente su contrato de trabajo, siendo el ultimo día laborado el 27 de Noviembre de 2018; la presente decisión da alcance a lo establecido por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002”*; sin que pudiera observarse o por lo menos argüirse la causal objetiva que expresó la apoderada de la demandada en el recurso de alzada, consistente en la terminación del contrato de trabajo a 34 trabajadores más por la finalización de la Campaña de Sanidad Militar, pues esto no fue demostrado en el curso del proceso, lo que por más, significa que la demandada no logró desvirtuar la presunción que operó en favor del accionante, por lo que se presume que el despido fue discriminatorio.

Así las cosas, concluye diáfananamente la Corporación que la entidad demandada no logró probar una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo del demandante, con lo que la presunción a su favor queda confirmada en la medida que se acredita el nexo causal entre el previo estado de salud deficitario del demandante que era de conocimiento de la empleadora y la terminación del vínculo laboral que esta verificara, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y no encontrarse argumento fáctico o probatorio alguno que desvirtúe lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

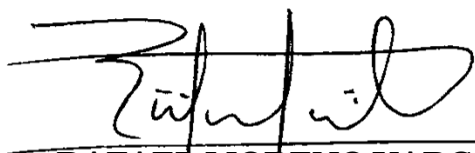
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FACUNDO RUIZ CAMARGO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-033-2017-00005-02.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **FACUNDO RUIZ CAMARGO**, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia, a fin de que se declare que laboró para el señor **GUSTAVO HERNANDEZ** durante el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 1994 y el 01 de marzo de 1995, quien no efectuó el pago de sus aportes a pensión, por lo que deberá cancelar el cálculo actuarial que expida COLPENSIONES. Igualmente, se declare que es beneficiario del régimen de transición y le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar su pensión de vejez a partir del 31 de enero de 2014, junto con los intereses moratorios, indexación y costas procesales. Finalmente, se condene a la parte demandada al pago de lo ultra y extra petita.

De manera subsidiaria, pretende que se ordene a COLPENSIONES descontar del retroactivo pensional que le adeudan por mora patronal, el monto que resulte del

cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 1994 y el 01 de marzo de 1995.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 27 de noviembre de 1951 y cotizó en el Instituto de Seguros Sociales-ISS desde el 10 de noviembre de 1971 hasta el 31 de julio de 2016, sumando un total de 1091,71 semanas. Señaló que laboró para el señor GUSTAVO HERNANDEZ durante el 01 de marzo de 1994 y el 01 de marzo de 1995, tiempo en el que su empleador no pagó los aportes a pensión, precisando que dicho periodo es necesario para alcanzar las 1.000 semanas de cotización que exige el Acuerdo 049 de 1990. Manifestó que elevó petición ante COLPENSIONES solicitando recibir las cotizaciones a pensión que no efectuó su ex empleador o descontar dicho monto de las semanas adiciones a las 1.000 que exige el régimen de transición, junto con el reconocimiento y pago de su pensión. Aseguró que COLPENSIONES no ha corregido su historia laboral correspondiente a los siguientes periodos: 01 de agosto al 31 de noviembre de 2020; 01 de julio al 31 de agosto de 2011 y 01 de septiembre al 30 de septiembre de 2012 (fls. 2 a 8 y 34 a 37).

Mediante reforma a la demanda, adicionó que laboró para el señor GUSTAVO HERNANDEZ bajo subordinación, devengando un salario de \$98.700 en 1994 y de \$118.943 en 1995, junto con el auxilio de transporte. Añadió que cumplió un horario de lunes a viernes de 7 am a 5 pm y los sábados de 7 am a 12 pm (fl. 88).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que el señor GUSTAVO HERNANDEZ no reportó la novedad de ingreso del demandante, de forma tal que la responsabilidad recae únicamente en el empleador. Manifestó que no se allegó prueba alguna de la relación laboral entre el demandante y el señor HERNANDEZ. Arguyó que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, dado que, si bien para el 01 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, lo cierto es que al 25 de julio de 2005 tenía sólo 704.44 semanas de cotización, de forma tal que para causar el derecho tuvo como plazo máximo el 31 de julio de 2010, circunstancia que no ocurrió porque sólo reunía 836.73 semanas. Añadió que no procede el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la Corte Constitucional precisó que sólo procede cuando hay mora en el pago de pensiones

reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no siendo el caso del demandante porque pretende el reconocimiento pensional bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990. Al contestar la reforma, aclaró que de la historia laboral del demandante se colige que fueron reportados pero no cancelados por ser calificados como “saldos a favor del Estado y del Estado” los siguientes periodos: 01 de agosto al 31 de noviembre de 2020; 01 de julio al 31 de agosto de 2011; 01 de septiembre al 30 de septiembre de 2012. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «improcedencia de los intereses moratorios e indexación», «prescripción», «principio de buena fe» e «innominada o genérica» (fls. 45 a 52 y 104 a 106).

Por su parte, el demandado **GUSTAVO HERNANDEZ** por medio de curador ad litem, contestó la demanda, manifestando que le corresponde a la parte actora acreditar la existencia de un contrato laboral, pues no tenía la obligación de afiliarse al demandante al sistema general de pensiones por no detentar la calidad de trabajador. Reiteró que de conformidad con el artículo 488 del CST, se encuentra prescrita la acción para reclamar derechos laborales, dado que se alude a un contrato vigente durante el 01 de marzo de 1994 y el 01 de marzo de 1995, mientras que la demanda se formuló el 10 de febrero de 2017. Mencionó que el accionante no determinó el número de cedula de la parte demandada, sin que sea posible establecer a quien acusa de ser su empleador. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción de los derechos sociales, laborales y acción laboral», «inexistencia de contrato de trabajo» y «cobro de lo no debido» (fls. 82 a 87).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito, mediante sentencia proferida el 16 de septiembre del año 2021, absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de «inexistencia del derecho y de la obligación».

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que de conformidad con los artículos 22, 23 y 24 del CST, al demandante le corresponde demostrar la prestación personal del servicio y en caso de hacerlo, le compete al empleador desvirtuar la existencia de una relación laboral. Manifestó que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que para computar a la historia laboral los periodos de omisión de aportes, es necesario demostrar que existió un vínculo laboral, con el fin de evitar que sean reconocidas pensiones a las cuales no se tiene derecho. Recordó que el señor José Joaquín Montaña declaró que el demandante laboraba en obras de construcción para varias empresas, dentro de ellas, una de propiedad del señor

Gustavo Hernández, con quien realizó algunas obras en el Palacio de Justicia, Calle 80 y Avenida el Dorado, todo ello bajo un horario de lunes a sábado y acatando las órdenes del señor Hernández. Indicó que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, cuando hay ausencia de afiliación al sistema general de seguridad social, la responsabilidad recae solamente en el empleador porque la Administradora de Fondos de Pensiones puede realizar las acciones de cobro cuando tiene certeza de quien es el empleador. Aseveró que no es posible ubicar al señor Gustavo Hernández como empleador del demandante, toda vez que ni siquiera se tiene plenamente identificado dentro del proceso, por cuanto ni siquiera se aportó el número de documento, aunado a que, no aparece dentro de la historia laboral del actor. Arguyó que de las declaraciones se extrae que no hay certeza de si el actor estuvo vinculado laboralmente al señor Hernández, pues al hacer alusión a la obra de la Avenida el Dorado (Silgo) se mencionó a la empresa Concreto S.A., sin que sea posible establecer si el demandado era su representante legal. Concluyó que pese a que hay indicios de que el demandante prestó sus servicios como ayudante de obra, lo cierto es que, no existe certeza de quien se benefició de su labor. Añadió que en vista de lo anterior, el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, pues no acreditó las 750 semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, de forma tal que el beneficio no se extendió hasta el 2014, sino que lo perdió. Aclaró que se dijo que habían unos periodos sin corregir en la historia laboral, empero, esa situación ya fue superada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, si entre el demandante **FACUNDO RUIZ CAMARGO** y el demandado **GUSTAVO HERNANDEZ** existió una relación laboral desde el 01 de marzo de 1994 y el 01 de marzo de 1995, en caso afirmativo, si procede el pago del cálculo actuarial. Una vez verificado lo anterior, compete establecer si al demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, de ser

procedente, establecer los términos en que se ha de conceder y verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el primer problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. 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 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, 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.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 en entre otras).

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

En primer lugar, el interrogatorio del demandante el señor FACUNDO RUIZ CAMARGO, declaró que toda su vida laboró en el área de construcción al servicio de diferentes empresas como Con-Concretos, Chávez Camargo y Luis José Riaño, precisando que trabajó para el señor Gustavo Hernández en una obra llamada Cívico ubicada en la Avenida el Dorado con Carrera 50, desde marzo de 1994 hasta marzo de 1995, devengando un salario mínimo. Aclaró que el señor Gustavo Hernández era un contratista que al necesitar trabajadores simplemente solicitaba la cédula para iniciar la relación laboral, sin que mediara ningún tipo de contrato escrito. Manifestó que cumplía con un horario de 7 am a 12 pm y de 1 pm a 5 pm, aunado a que, sus funciones incluían subir ladrillo, arena, ayudar con la pluma, entre otros. Agregó que el señor José Montaña era el conductor de la camioneta del demandado, mientras que el señor Leonardo Ignacio Valbuena era ayudante de obra.

Respecto a la prueba testimonial, el señor JOSE JOAQUIN MONTAÑO LIZARAZO declaró que conoce al demandante desde que tiene uso de razón porque era su vecino en el barrio el Perdomo. Señaló que el actor ha sido maestro de construcción en varias empresas, dentro de ellas Cívico, administrada por el señor Gustavo Hernández, es decir un contratista de construcción y marmolería. Indicó que en la obra de Cívico el demandante prestaba sus servicios para el señor Hernández, dedicándose a lo relacionado con el enchape, la plomería y los pisos, aunado a que, cumplía un horario de 7 am a 12 pm y de 1 pm a 4:30 pm de lunes a viernes y medio día el sábado, jornada en la que no podía ausentarse, aclarando que ello le consta porque trabajó con el demandado desde 1993 hasta 1996. Aseguró que el accionante trabajó en Cívico desde 1994 hasta 1996 aproximadamente; que el pago era recibido cada 14 días y que recibía instrucciones del señor Hernández y del maestro general llamado Juan Pablo. Añadió que el demandado sólo solicitaba la cédula de ciudadanía pero no sabe si era para pagar los aportes a seguridad social y que no ve al mismo desde hace más de diez años.

De igual manera, el señor LEONARDO IGNACIO VALVUENA BAQUERO explicó ser el cuñado del demandante y haber trabajado con aquel en la obra Cívico desde 1994 hasta 1995. Explicó que Cívico es una compañía de construcción en la que el demandante se desempeñó como oficial de construcción, es decir que enchapaba, pegaba ladrillos y otros, cumpliendo un horario de lunes a sábado de 7 am a 5 pm con hora de almuerzo. Señaló que el accionante también trabajó para el señor Gustavo Hernández en una obra en el Palacio de Justicia. Afirmó que el demandante recibía las instrucciones del señor Hernández para llevar a cabo su labor, empero no sabe si cumplió con su deber de cotizar a seguridad social pese a

que les descontaba para ello. Aseveró que el contrato celebrado entre el demandante y el demandado fue verbal, lo que le consta porque trabajó para el señor Hernández, quien no suscribía contratos. Aseguró que hace más de diez años que no ve al demandado.

Del material probatorio arrimado al proceso, se pudo determinar que el demandante laboró como maestro de construcción en la obra Cívico desde 1994 hasta 1995 aproximadamente, donde presuntamente el señor GUSTAVO HERNANDEZ actuaba como contratista, sin que esta situación, per se, permitiera dilucidar que los servicios eran prestados en favor de este último; pues del dicho de los testigos así como de la declaración de parte, se logró evidenciar que no hay certeza de quién fue el beneficiario de la prestación personal del servicio del accionante, dado que existe duda de si el demandado obró como intermediario o representante legal de alguna sociedad para las que laboró el accionante, máxime cuando el eventual real empleador del demandante ni siquiera está plenamente identificado con nombres y apellidos completos, ni documento de identidad o razón social alguna.

Además de lo anterior, encuentra la Sala que, no fueron allegadas pruebas documentales que condujeran a probar la existencia de contrato de trabajo, pues sólo se arrimó la historia laboral del actor, la solicitud ante COLPENSIONES y unos comprobantes de pago de aportes de algunos meses de los años 2010, 2011 y 2012, siendo que ninguna de estas documentales conduce a probar la existencia de un contrato realidad.

Así las cosas, claro es que faltó la parte actora con su deber de cumplir con la actividad procesal que en materia probatoria le asistía, a efecto de obtener la necesaria certeza de sus afirmaciones y lograr la convicción en el fallador respecto de sus pretensiones; pues como bien lo enseña la jurisprudencia, al Juez Laboral no le es dado fundar sus juicios en apreciaciones sólo de conciencia, de ahí que si el interesado en que se le declare el derecho considera le asiste no enseña prueba contundente de su dicho, sólo le queda al juez desechar su pretensión, pues *«Además, [el juez] debe exponer razonadamente en cada caso, cuál fue el mérito que le asignó a cada prueba y a todas ellas en conjunto, y los motivos que tuvo para hacerlo, pues de lo contrario su apreciación sería en conciencia, sistema este que sólo es de recibo para los jurados en las causas penales en que intervienen y para ciertos laudos arbitrales»* (CSJ, sent. feb. 12/80. M.P. José María Esguerra Samper).

En ese orden, también el artículo 60 del CPTSS, precisa que: *«el juez, al proferir su decisión analizará todas las pruebas allegadas en tiempo»*, disposición legal que en su esencia prescribe la perentoriedad de las oportunidades procesales pertinentes para el recaudo de los distintos medios probatorios que se pretendan hacer valer en juicio. Es decir, que en el desarrollo del proceso judicial debe mediar por lo menos un mínimo de medios probatorios que persuadan al juzgador para que pueda concederse el derecho sustancial reclamado, contrario sensu, si la parte interesada falta a su deber procesal de cara a la aportación de las pruebas pertinentes, no puede pretender que sus aspiraciones tengan vocación de salir prósperas.

En conclusión, no fue posible demostrar que hubo siquiera prestación personal del servicio del demandante en favor u orden del accionado para al menos presumir en los términos del artículo 24 del CST la eventual existencia de una relación laboral subordinada, lo cual da al traste con el cálculo actuarial solicitado, que no tiene vocación de prosperar, pues no existió mayor esfuerzo probatorio por demostrar la razón de las pretensiones en cabeza de la parte actora.

PENSIÓN DE VEJEZ

Respecto del derecho pensional del demandante, se tienen como aspectos fuera de discusión que el demandante conforme a la fotocopia de la cédula de ciudadanía que obra a folio 11, nació el 27 de noviembre de 1951, por lo tanto, es claro que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más 40 años de edad, específicamente con 42 años y siendo, en principio, beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal. Que mediante Resolución GNR 353075 del 08 de octubre de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, negó el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, argumentando esencialmente que éste no configuró el derecho pensional a la luz de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues para la entrada en vigencia del mismo, no tenía más de 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Expediente administrativo CD fl. 124).

Es claro entonces que el eje central del presente litigio radica en determinar, en primer término, si al actor le asiste derecho a la pensión de vejez que en su momento consagró el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del año ídem, teniendo en cuenta para ello los presuntos períodos de cotización correspondientes al empleador **GUSTAVO HERNANDEZ**, tal como lo pretende la parte actora.

En tal sentido, considera esta Sala de Decisión, es menester advertir que respecto a la imputación de aportes en mora por parte del empleador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

En el caso sub examine, debe anotarse que como se dijo anteriormente, no puede afirmarse la existencia de la relación laboral o afiliación a pensiones por el periodo alegado en la demanda, esto es de marzo de 1994 a marzo de 1995, pues la parte actora no acreditó siquiera sumariamente la existencia de la relación laboral con el accionado **GUSTAVO HERNANDEZ** y menos aún, dentro de esos precisos ciclos alegados en la demanda como de mora patronal.

No obstante, como ya se explicó, no puede atribuirse a Colpensiones su omisión en las acciones de cobro respecto a los tiempos en que no se afilió al demandante, de modo que ya no se puede hablar de imputación de aportes en mora, sino las consecuencias jurídicas que se derivan de la no afiliación por parte del empleador al haber no reportado el ingreso o retiro de su trabajador, lo que impide que en esta causa se puedan incluir dichos ciclos, en la medida que ni siquiera se acreditó la relación laboral con quien es señalado como empleador, el señor **GUSTAVO HERNANDEZ**.

Definido lo anterior, una vez contabilizado el total de semanas cotizadas, el actor reuniría al 29 de julio de 2005 un total de 705.01 semanas de cotización, lo que NO lo hace merecedor del régimen de transición hasta diciembre de 2014, en razón a que si bien nació el 27 de noviembre de 1951, es decir, contaba con 42 años de edad al 1º de abril de 1994, siendo beneficiario del régimen de transición, éste se le extinguió el 31 de julio de 2010, en los términos del A.L. 01 de 2005. De igual forma, se concluye de lo anterior que no le resulta aplicable el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, pues la edad de 60 años la cumplió el 27 de noviembre de 2011, esto es con posterioridad a la expiración del régimen de transición. En ese sentido, resulta claro que no alcanzó el derecho pensional a la luz del régimen transitorio y mucho menos a la luz de lo estipulado en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que al menos al 21 de junio de 2017 cuenta con aproximadas 1.117 semanas, siendo las exigidas 1300 para esa data.

En tal medida, se confirmará la decisión de primer grado, advirtiéndole a la actora que los comprobantes de pago de aportes aportados al plenario (fls. 19 a 26), tampoco podrían tenerse en cuenta para los efectos aquí perseguidos, en la medida que hacen referencia a periodos correspondientes a algunos ciclos comprendidos entre agosto de 2010 y septiembre de 2012, esto es con posterioridad a la expiración del régimen transitorio en mientes y tampoco alcanzarían para completar las 1300 semanas que requiere la legislación actual frente al tema, precisando en todo caso que la historia laboral aportada (fls. 12 a 15 y 125 a 148) ya las contabiliza a su haber.

Lo anterior resulta suficiente para confirmar la decisión objeto de consulta. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

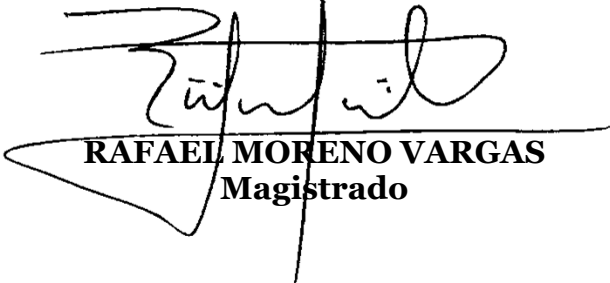
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

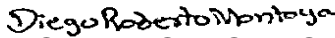
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de PARROQUIA SANTA CLARA
contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-034-2018-00599-01.**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas COLPENSIONES y COMPENSAR contra la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2021 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La **PARROQUIA SANTA CLARA**, presentó demanda ordinaria laboral contra la EPS CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-COMPENSAR y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, con el fin de que sean condenadas al pago del auxilio de incapacidades que les correspondía asumir por la señora ARACELLY MARTINEZ BLANDÓN, aclarando que a la EPS le corresponde las causadas entre el 09 de noviembre de 2014 y el 13 de enero de 2017. Igualmente, se condene a las demandadas al pago de intereses corrientes y moratorios causados de los auxilios de incapacidades. Finalmente, se condene al pago de lo ultra y extra petita, junto con las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis manifestó que, el 23 de enero

de 2008 vinculó laboralmente a la señora ARACELLY MARTINEZ BLANDON a través de contrato de trabajo a término indefinido, afiliándola a la EPS COMPENSAR y a COLPENSIONES. Señaló que la señora MARTINEZ fue diagnosticada con cáncer de seno, por lo que tuvo recurrentes y continuas incapacidades desde el 02 de mayo de 2014 hasta el 13 de enero de 2017, las cuales radicó y tramitó ante las demandadas mes a mes. Aseveró que las incapacidades de la señora MARTINEZ suman más de 966 días, tal como lo certificó COMPENSAR el 16 de febrero de 2017, mes desde el que inició la petición de pago de incapacidades mediante solicitudes verbales y llamadas telefónicas a la EPS. Aclaró que nunca dejó de pagar el salario a la trabajadora incapacitada. Indicó que el 14 de febrero de 2018 solicitó a COLPENSIONES el pago de las incapacidades, sin embargo, la entidad negó el pago tras considerar que la EPS COMPENSAR era la encargada de cubrir las incapacidades por cuanto la señora MARTINEZ había recibido concepto desfavorable de rehabilitación. En el mismo sentido, radicó petición ante la EPS COMPENSAR, quien contestó considerando que el pago de las incapacidades a partir del día 181 corresponde a COLPENSIONES, así como que no se habían radicado las incapacidades del 13 de noviembre de 2014 al 15 de noviembre de 2016 y que no debe pagar las incapacidades superiores a los 540 días, dado que el ADRES entró en vigencia a partir del 01 de agosto de 2017. Agregó que, la certificación del 16 de febrero de 2017 expedida por COMPENSAR contiene un IBC contrario a la realidad para los años 2015, 2016 y 2017, toda vez que pagó los aportes a seguridad social de la señora MARTINEZ teniendo en cuenta un salario de \$945.000 para el 2015, \$1.011.000 para el 2016 y \$1.100.000 para el 2017 (Exp. Digital: 01. 11001310503420180059900 (fls. 1-251), págs. 2 a 12 y 158 a 169).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - COMPENSAR** contestó la demanda, con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra argumentando que, el reconocimiento de las incapacidades causadas entre el 09 de noviembre de 2014 y el 13 de enero de 2017 no está a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dado que superan el día 180, aunado a que, las que superan el día 540 fueron causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017, fecha en la que entró en vigencia el ADRES. Explicó que las incapacidades comprendidas entre el 02 de mayo de 2014 y el 08 de noviembre de 2014 fueron pagadas a la parte actora, por corresponder a los primeros 180 días de incapacidad temporal, mientras que las causadas con posterioridad están a cargo de COLPENSIONES.

Agregó que el 04 de agosto de 2016, COLPENSIONES emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral de la señora ARACELLY MARTINEZ BLANDON, encontrando una pérdida de capacidad laboral del 67.79% con fecha de estructuración del 31 de marzo de 2014. Aseguró que el 01 de agosto de 2017 recibió los dineros destinados para el pago de incapacidades de que trata el artículo 67 de la Ley 1735 de 2015 girados por el ADRES. Propuso como excepciones de mérito, las de «las incapacidades comprendidas entre el 7 de noviembre de 2015 el 13 de enero de 2017 no son financiadas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud-sobre la entrada en operación de la ADRES», «improcedencia de aplicación retroactiva de las normas que implican disponibilidad presupuestal» e «incompatibilidad del pago de incapacidades con el reconocimiento de una pensión de invalidez» (Exp. Digital: 01. 11001310503420180059900 (fls. 1-251), págs. 184 a 202).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que de conformidad con el Decreto 2943 de 2013 y el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, las prestaciones económicas de incapacidad originada por enfermedad general, le corresponden al empleador durante los dos primeros días, mientras que desde el tercer día la EPS es la llamada a pagar. Explicó que en principio a partir del día 180 y hasta el día 540, las incapacidades deben ser reconocidas por la AFP, siempre y cuando el afiliado cuente con un concepto de rehabilitación favorable, caso que dista de la realidad de la señora ARACELLY MARTINEZ BLANDON por cuanto el concepto emitido fue desfavorable. Propuso como excepciones de fondo, las de «Prescripción», «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «compensación», «carencia de causa para demandar», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 01. 11001310503420180059900 (fls. 1-251), págs. 257 a 269).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 06 de septiembre de 2021, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la PARROQUIA SANTA CLARA los subsidios por incapacidad causados por la trabajadora ARACELLY MARTINEZ BLANDON entre el 14 de febrero de 2015 y el

22 de octubre de 2015; así mismo, condenó a la EPS COMPENSAR a reconocer y pagar las incapacidades médicas correspondientes al periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2015 y el 13 de enero de 2017. Condenó a las demandadas al pago de intereses moratorios.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que se probó que la demandante en calidad de empleador pagó a la trabajadora ARACELLY MARTINEZ BLANDON, todas las incapacidades que recibió desde su diagnóstico de cáncer de seno, cumpliendo con lo establecido en el artículo 121 de la Ley 19 de 2012. Explicó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las incapacidades laborales constituyen una garantía para que el trabajador pueda subsistir en condiciones dignas durante el periodo de tiempo en el que no puede desempeñar sus labores habituales, precisando que el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone que en tratándose de las incapacidades causadas por la enfermedad general de un afiliado del régimen contributivo, los empleadores deben cubrir los primeros dos días de incapacidad, momento desde el que las EPS deben pagar el auxilio hasta el día 180, mientras que entre el día 181 y 540 corresponde a la AFP el pago, aclarando que una vez superados los 540 días, la EPS debe continuar con el pago previo giro de la ADRES. En ese orden, manifestó que la EPS COMPENSAR realizó el pago de las incapacidades causadas entre el 02 de mayo de 2014 y el 08 de noviembre de 2014 para un total de 181 días, sin embargo, COLPENSIONES no realizó el pago a partir del día 181, esto es, el 11 de septiembre de 2014, no obstante, le asiste a la parte actora el derecho al pago desde la fecha que fue indicada en la reclamación administrativa, esto es, el 09 de noviembre de 2014 y hasta el 22 de octubre de 2015 cuando se completaron 540 días, aclarando que la prescripción fue interrumpida por medio de la solicitud elevada a COLPENSIONES el 14 de febrero de 2018 quedando interrumpido el termino de prescripción hasta la presentación de la demanda, por lo que las incapacidades causadas antes del 14 de febrero de 2015 están prescritas. De otro lado, recordó que de acuerdo a lo señalado en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, las incapacidades médicas generadas después de los 540 días deben ser asumidas por la EPS, aunado a que la Corte Constitucional mediante la sentencia T 144 de 2016 encontró que tales incapacidades causadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 debían ser pagadas por la EPS, dando una aplicación retroactiva de la misma, basándose en el derecho a la igualdad material. Por ello, consideró procedente que la EPS COMPENSAR realice el pago de las incapacidades causadas después de los 540 días, esto es, entre el 23 de octubre de 2013 y el 13 de octubre de 2017, sin que haya lugar a declarar la prescripción, por cuanto la reclamación se

presentó el 14 de febrero de 2018. Agregó que en atención a lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016 y a la Ley 1281 de 2002, las demandadas deben pagar intereses moratorios a la parte demandante, aclarando que COLPENSIONES debe pagarlos desde el 14 de febrero de 2015 y COMPENSAR desde el 23 de octubre de 2015.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que, según el Decreto 2342 de 2003, los empleadores deben cancelar los dos primeros días de la incapacidad, siendo que la EPS debe pagar a partir del tercer día y las AFP entre el día 180 y 540, siempre y cuando la EPS haya proferido concepto favorable de rehabilitación. Manifestó que de acuerdo con el Decreto Ley 19 de 2002 modificatorio de la Ley 100 de 1993, la obligación de pago de incapacidades de las EPS cesa una vez pasados los 180 días, momento en el que la AFP adquiere la obligación, siempre y cuando como resultado de la valoración médica se advierta que es posible la rehabilitación del afiliado. Para concluir, resaltó que el 25 de marzo de 2015, la EPS COMPENSAR emitió concepto de rehabilitación desfavorable de la señora ARACELLY MARTINEZ BLANDON, por lo que no debe efectuar el pago del subsidio de incapacidad.

Igualmente, la apoderada judicial de la EPS COMPENSAR interpuso recurso de apelación manifestando que la condena se basó en un fallo de tutela proferido por la Corte Constitucional en el que las circunstancias fácticas difieren de las del presente, pues dicho organismo decidió no aplicar las normas ordinarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud con el único objetivo de proteger los derechos fundamentales del accionante, mientras que en el sub lite, no se vulneraron los derechos fundamentales de la afiliada, por cuanto el empleador pagó las incapacidades cada mes y sólo busca el reembolso de las mismas. Por eso, aseveró que la A quo debió aplicar las normas ordinarias del Sistema General de Salud, las cuales no contemplan un efecto retroactivo para la aplicación de la Ley 1753 de 2015, pues los artículos 66 y 67 de la misma, no establecieron una obligación inmediata o de ejecución instantánea en cabeza de las EPS respecto del pago de incapacidades superiores a los 540 días, sino que se indicó una condición, esto es que el pago de tales incapacidades se haría de conformidad con la regulación del Gobierno Nacional, sobre cómo iba a ser el flujo de los recursos para cubrir esas prestaciones económicas, la cual sólo ocurrió hasta el 2018 y la ADRES sólo entró en operación el 01 de agosto de 2017. Señaló que el fallo desconoció el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que el

pago de incapacidades se basa en un giro que hace la ADRES mensualmente a las EPS, es decir que, los recursos para cubrir las incapacidades superiores a los 540 días, sólo fueron girados desde agosto de 2017, es decir, con posterioridad a la causación de las incapacidades reclamadas. Agregó que la afiliada fue calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 60%, lo cual le fue comunicado el 17 de agosto de 2016, de forma tal que desde esa data no se deben pagar las incapacidades, pues tiene derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez que resulta incompatible con el auxilio de incapacidad. Aseveró que desde el 02 de mayo de 2014 fue la fecha en la se empezaron a emitir incapacidades ininterrumpidas, por lo cual, el día 540 debe contarse desde el 06 de noviembre de 2015 y no desde el 23 de octubre de 2015. Afirmó que, en todo caso, los intereses moratorios no debieron reconocerse desde el 23 de octubre de 2015, pues se transgrede lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016, esto es, que los intereses de las prestaciones económicas se causan, al pasar veinte días hábiles desde la solicitud de pago que eleve el empleador o el trabajador a la EPS, teniendo en cuenta la fecha de presentación de cada incapacidad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto COLPENSIONES como EPS COMPENSAR, presentaron alegatos de conclusión y solicitaron que se revoque la decisión de primer grado. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si hay lugar al pago de las incapacidades solicitadas y a cargo de quien, de ser así, verificar si es viable el pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver la controversia planteada, sea lo primero recordar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 206, establece que el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, reconocerá las incapacidades de origen común, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Asu vez, el auxilio por incapacidad se define como el reconocimiento de la

prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las Entidades Promotoras de Salud - EPS, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual. Por regla general la incapacidad se reconoce por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma, caso en cual, dicha entidad deberá reconocer la prestación económica derivada de la incapacidad por enfermedad general, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, el cual prescribe:

*«Artículo 2.1.13.4 **Incapacidad por enfermedad general.** Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas. No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones».*

En cuanto al pago de esta prestación económica de origen común, el artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, mediante el cual se determinó el *«Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad»*, disponía en su parágrafo 1:

«Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados».

De igual modo, el parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 ibidem, modificó lo anterior y dispuso que *«en el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente».*

Ahora bien, el auxilio monetario a cargo del SGSSS se liquida con base en el salario que devenga, a razón de las 2/3 partes por los primeros 90 días, y la mitad por otros 90, de conformidad con lo establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, en los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, se establece:

«(...) Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (...)».

Asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012, prescribe que el de reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador ante las EPS.

Frente a la obligación del empleador de efectuar el pago de las incapacidades por enfermedad general, para luego efectuar el cobro a la EPS, el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, prevé tal circunstancia en los siguientes términos:

*«Artículo 28. Prescripción del derecho a solicitar reembolso de prestaciones económicas. **El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas** prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador».*

Lo cual, en armonía con la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes reseñada, resulta lógico que sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad, pues como ya se mencionó, ésta tiene por objeto suplir el salario del trabajador que ha sido incapacitado, para que luego sea reconocida a este por la respectiva EPS, en los términos de lo previsto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, que incorpora el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, el cual dispone:

*«**Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas.** A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. (Negrilla fuera de texto) En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

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

Parágrafo 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar».

Ahora, la responsabilidad en el pago de incapacidades que superan los 180 días, según el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 esa obligación recae en cabeza de los fondos de pensiones. Precepto normativo que determinó:

«Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador».

Por último, el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, reguló el tema de calificación del estado de invalidez, y el reconocimiento de incapacidades superiores a 180 días de la siguiente manera:

«Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

*“Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de***

rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto».

Ahora bien, aunque en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 se previó la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) – ADRES, que tendría, entre otras muchas funciones, el pago a las respectivas EPS «[...] por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**», lo cierto es que esta disposición en manera alguna suplió la falencia normativa advertida, como quiera que su entrada en operación estaba supeditada a la reglamentación que para el efecto expidiera el gobierno nacional, es decir, no fue a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 que las EPS asumieron la obligación de pagar las incapacidades superiores a 540 días, pues para ello se requería no solo la regulación emanada del ejecutivo, sino además, de los recursos que trasladara la nueva entidad a las EPS para financiar este tipo de prestación económica. De acuerdo a lo previsto en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el Decreto 546 de 2017, la ADRES entró en operación a partir del 1 de agosto de 2017.

Debe decirse, además, solo hasta la expedición del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018, se reglamentó lo atinente al pago de las incapacidades superiores a 540 días, estableciendo la obligación a cargo de las EPS. Así, en el artículo 2.2.3.3.1 se dispuso:

«Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)».

En consonancia con lo hasta aquí analizado, solo hasta el 27 de julio de 2018 se

eliminó el vacío jurídico existente y se estableció a cargo de las EPS la obligación de asumir el pago de las incapacidades superiores a 540 días. Así, las incapacidades superiores a 540 días, causadas antes de la fecha antes anotada, no están en cabeza de ninguna de las entidades del sistema general de seguridad social y por tanto, deben ser asumidas directamente por el empleador. En esos términos lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL5411 de 2019 en la que indicó:

« (...) Lo anterior quiere decir que, en efecto, existía un vacío legal respecto del reconocimiento y pago de incapacidades por origen común generadas en favor del afiliado con posterioridad al día 540, cuando existía una calificación inferior al 50% de la pérdida de capacidad laboral.

Ello impide que se asigne la responsabilidad a la AFP y se radique en cabeza del empleador, comoquiera que, ante la citada ausencia de cobertura, el riesgo subrogado por aquel a través de la afiliación y pago del aporte al Sistema de Seguridad Social Integral se agota y las prestaciones económicas asociadas al riesgo de enfermedad general, en virtud de la relación de trabajo, regresan a él».

Corolario de lo brevemente expuesto, si la incapacidad es menor o igual a 2 días, será asumida por el empleador (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013); si la incapacidad es mayor a 3 días y hasta el día 180, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador siempre y cuando sea prórroga de otra, advirtiéndose, las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad. A partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540, estarán a cargo del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, pues este se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012); y frente a las incapacidades causadas después del día 540, si esta fue expedida antes del 27 de julio de 2018 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 1333 de 2018), correrá por cuenta del empleador, con posterioridad a esa fecha, en virtud de lo establecido en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, esta será cancelada por la EPS.

Descendiendo al caso de autos, no se discute en esta sede judicial que la iglesia demandante en calidad de empleadora, afilió a la señora ARACELLY MARTINEZ BLANDON a la EPS COMPENSAR y a los riesgos de IVM ante COLPENSIONES desde el 23 de enero de 2008 (Exp. Digital: Págs. 18 a 21), así mismo, que la

parroquia pagó el salario a la trabajadora por todo el tiempo laborado, incluso por el tiempo que estuvo incapacitada; tampoco es objeto de debate que a la mencionada señora le fueron expedidas y prorrogadas incapacidades laborales entre el 02 de mayo de 2014 y el 13 de enero de 2017, para un total de días acumulados de 967 (Exp. Digita: «01. 11001310503420180059900 (fls. 1-251)». Págs. 29-30). De dichas incapacidades, la EPS pagó las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días, desde el 02 de mayo de 2014 hasta el 08 de noviembre de 2014.

Ahora bien, el eje central de la discusión se circunscribe en el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181, esto es, desde el 11 de noviembre de 2014 hasta el 13 de enero de 2017, precisando COLPENSIONES que no pagó dichas incapacidades a la señora ARACELLY MARTINEZ BLANDON por cuanto le fue emitido concepto desfavorable de rehabilitación, lo cual como se acaba de explicar no es de recibo, pues se itera, el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS NO implica la suspensión de los pagos, dado que ello sólo ocurre una vez el trabajador afiliado se reincorpora a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012), disponiendo el Legislador que los subsidios de incapacidad estuvieren a cargo de las AFP, con independencia si hay concepto favorable o desfavorable; y por su supuesto que ello no debe ser concomitante con el reconocimiento pensional por invalidez, lo que en este caso vino a ocurrir a partir del 01 de enero de 2017 tal como se deduce de la Resolución GNR375471 del 07 de diciembre de 2016 (Exp. Digital: «03.2 CC-41435298 (fl. 258) Exp Adtivo»). Reconocimiento que se produjo en virtud del concepto emitido por COLPENSIONES en el cual se califica una pérdida del 67.79% de su capacidad laboral y estructurada el 31 de marzo de 2014 mediante Dictamen No: 2016168079RR del 4 de agosto de 2016.

En este sentido, resulta claro que estaban a cargo de COLPENSIONES las incapacidades generadas entre el día 181 y el día 540, que lo fueron entre el 09 de noviembre de 2014 y el 22 de octubre de 2015, a partir del día siguiente le correspondían al empleador hoy demandante, pues como ya quedo visto en epígrafe anterior, las incapacidades superiores a 540 días, causadas antes de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1333 del 27 de julio de 2018, no están en cabeza de ninguna de las entidades del sistema general de seguridad social y por tanto, deben ser asumidas directamente por el empleador, como lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL5411 de 2019, de modo que habrá de absolverse de la condena impuesta a cargo de la EPS COMPENSAR, según lo

expuesto en precedencia. Precisándose que, en virtud de la excepción de prescripción presentada por COLPENSIONES, se encuentran afectadas con tal fenómeno extintivo las incapacidades causadas con anterioridad al 14 de febrero de 2015, en tanto y en cuanto la reclamación de las mismas se produjo el mismo día y mes del año 2018 (Exp. Digital: «01. 11001310503420180059900 (fls. 1-251)». Págs. 69 a 74), todo ello tal y como lo prescriben los artículos 488, 489 del CST en armonía con el artículo 151 del CPTSS. De modo que se evidencia viable la condena a COLPENSIONES, por ende, se confirmará la decisión frente a este puntualísimo aspecto.

Finalmente, en lo que refiere a los intereses de mora solicitados, debe recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, donde se definen los términos para que las entidades promotoras de salud (EPS) o las empresas obligadas a compensar (EOC) efectúen el pago de las prestaciones económicas de las incapacidades. El pago será realizado en un plazo no mayor a cinco días hábiles, contados a partir de la autorización por parte de la EPS o EOC. Señala igualmente que la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante, verificando previamente la cotización aportada por el aportante beneficiario. En tal medida, ante el incumplimiento de tales plazos se debe reconocer y pagar intereses moratorios al aportante, según lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 del 2002. Esto es, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Bajo ese entendido, se infiere que hay lugar a los mismos en tanto y en cuanto resulta claro el exceso en los plazos antes indicados, pues las incapacidades se tramitaron en su oportunidad sin que a la fecha se hayan cancelado, de tal modo que se confirmará la decisión adoptada, incluyendo desde luego lo relativo a la prescripción de los intereses causados sobre las incapacidades causadas con anterioridad al 15 de febrero de 2015, las cuales en todo caso deberán ser indexadas al momento de efectuarse el pago, en aras de mantener el poder adquisitivo de la moneda colombiana y paliar el efecto de la devaluación del peso colombiano. En ese orden, se modificará la decisión de primera instancia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

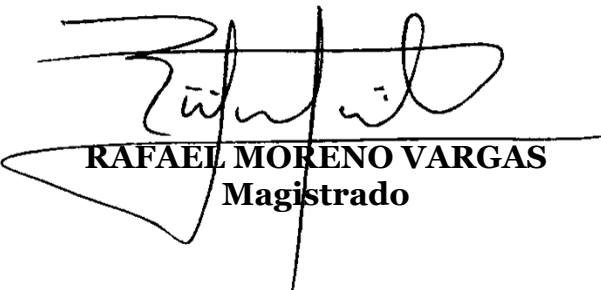
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y CUARTO, junto con la **ADICIÓN de** la sentencia objeto de estudio, para en su lugar **ABSOLVER** a la **EPS COMPENSAR** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la **PARROQUIA SANTA CLARA**, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión en todo lo demás. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

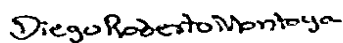
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS**

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de FRANCISCO ANTONIO ALZATE ZAMBRANO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-035-2020-00406-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **FRANCISCO ANTONIO ALZATE ZAMBRANO**, promovió demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** con el fin de que se le reconozca y pague el retroactivo pensional a partir del 15 de marzo de 2014 hasta el 25 de abril de 2017, fecha a partir de la cual se le reconoció la pensión; junto con la indexación de dichas sumas. Finalmente, se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató que cotizó al sistema general de pensiones desde el año de 1997 hasta el 2016, explicando que entre el 09 de septiembre de 1977 y el 30 de abril de 1979 prestó sus servicios como servidor público, por lo que sus aportes fueron efectuados a CAJANAL, lo cual ocurrió también desde el 22 de julio de 2003 hasta el 23 de diciembre de 2008 y entre el 09 de marzo de 1981 y el 20 de agosto de 1996. Señaló que sus empleadores del sector público y del ámbito privado siempre pagaron sus aportes a pensión a CAJANAL y

COLPENSIONES, cotizando un total de 1731 semanas. Indicó que el 21 de julio de 2016 solicitó el reconocimiento de su pensión de jubilación ante COLPENSIONES, quien tardó más de 10 meses para concederle la prestación en los términos de la Ley 33 de 1985 y bajo un monto de \$1.131.454. Mencionó que al reclamar la primera mesada pensional, la demandada no le pagó el retroactivo, por lo que formuló recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. SUB 146788 del 02 de agosto de 2017, por haber desconocido su derecho al retroactivo. Expresó que COLPENSIONES resolvió negar la reliquidación de su pensión de vejez y el pago del retroactivo pensional, considerando que debió desafiliarse del sistema general de pensiones para tener derecho al reconocimiento, aunado a que, su mesada fue mal liquidada porque debía ser de \$848.591. Aseveró que para junio de 2016 contaba con 1.731 semanas cotizadas a pensión, es decir, que al ser beneficiario del régimen de transición solo debía haber cotizado 750 semanas y tener 15 años de servicio en el sector público para el 25 de julio de 2005. Aseguró que COLPENSIONES está desconociendo su derecho adquirido por haber trabajado en el sector público por más de 20 años y haber cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Añadió que es una persona de la tercera edad y su mesada no es suficiente para solventar las necesidades de su hogar y esposa (Exp. Digital: 01-DEMANDA_3_11_2020 12_52_10, págs. 1 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, no es posible reconocer el retroactivo pensional al demandante porque su última semana cotizada fue el 31 de mayo de 2017, es decir que no cumplió con lo preceptuado en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, esto es, la desafiliación del sistema general de pensiones en cuanto cumplió la edad y las semanas exigidas. Indicó que reconoció la pensión al accionante, con base en la Ley 33 de 1983. Señaló que de acuerdo a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, cuando el afiliado es un trabajador dependiente, ha cumplido los requisitos para adquirir el derecho pensional y no aparece acreditada la desvinculación laboral, se tiene que la prestación debe ser reconocida desde la fecha de inclusión en nómina. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia del derecho al retroactivo pretendida», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «pago», «carencia de causa para demandar», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones

Administradoras de Seguridad Social del orden público», «prescripción» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 17. 11001310503520200040600 CONTESTACION).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021, el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones denominadas «inexistencia del derecho al retroactivo pretendida», «cobro de lo no debido» y «carencia de causa para demandar». Condenó en costas a la parte demandante, fijando una suma de \$300.000 como agencias en derecho.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que se efectuó el reconocimiento de la pensión al demandante a partir del 01 de mayo de 2017, en una cuantía de \$848.591, dando aplicación a la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición, precisando que aquel cumplió con la edad de 55 años el día 15 de mayo de 2017, momento en el que había acumulado más de 20 años de servicio y 1.719 semanas de cotización, de las cuales 1.117 corresponden al sector público. Recordó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que el derecho pensional se causa una vez el afiliado cumple con la edad y número de semanas cotizadas, mientras que, el disfrute del derecho es posible cuando una vez cumplidos los requisitos, el afiliado acredita su retiro del sistema general de pensiones, acto que se puede deducir de varios hechos, tales como, la desvinculación laboral del afiliado y la falta de pago de cotizaciones. Señaló que el Decreto 758 de 1990 establece que cuando un trabajador dependiente se retira del sistema o deja de cotizar después de haber cumplido los requisitos, el derecho será reconocido a partir del día siguiente hábil a la fecha del retiro o de la última cotización realizada. En ese orden, concluyó que el derecho pensional del actor se causó el 31 de mayo de 2017 cuando cumplió la edad exigida, empero continuó cotizando al sistema general de pensiones hasta el 31 de abril de 2017, por lo que el disfrute de la prestación inició el 01 de mayo de 2017, es decir que no procede el pago del retroactivo pretendido. De otro lado, concluyó que la solicitud de reliquidación bajo las facultades ultra y extra petita, no está llamada a prosperar, toda vez que la aplicación de tales atribuciones sólo procede cuando en el proceso obra prueba de lo pretendido, aunado a que al demandante ya se le aplicó la norma más beneficiosa, por hacer parte del régimen de transición.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del demandante interpuso recurso de apelación parcial, manifestando que, el demandante tiene un derecho adquirido al pago del retroactivo pensional desde el 15 de marzo de 2015 hasta el 25 de abril de 2017, fecha en la cual le fue reconocida la pensión. Solicitó que se estudie la reliquidación de la pensión bajo las facultades ultra y extra petita, junto con la indexación de las sumas a las que haya lugar.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en el escrito de contestación, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura establecer si a la parte actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pretendido. Igualmente, concierne determinar si procede el estudio de la reliquidación de la mesada pensional haciendo uso de las facultades ultra y extra petita.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, es menester precisar que no es materia de controversia que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES mediante Resolución SUB 46397 del 26 de abril de 2017 le concedió pensión de vejez a FRANCISCO ANTONIO ALZATE ZAMBRANO a partir del 1° de mayo de 2017, en cuantía inicial de \$848.591. En el citado acto administrativo, se advierte que la entidad señaló como fecha en que el afiliado alcanzó el estatus jurídico el día 1° de mayo de 2017, argumentando reconocer el disfrute a partir de la referida fecha por cuanto el asegurado no presentaba novedad de retiro en el sistema (Exp. Digital: «01-DEMANDA_3_11_2020 12_52_10», págs. 12 a 17).

También se encuentra debidamente acreditado dentro del plenario, de conformidad con la historia laboral allegada, que la última cotización efectuada por el demandante lo fue con el empleador «COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EXPRESOS» para el ciclo de mayo de 2017 (Exp. Digital: «GRP-SCH-HL-66554443332211_2009-20210617101137»).

Ahora bien, en cuanto al retroactivo pensional solicitado, estima la Sala que si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1993 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, no es menos cierto que la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

En el presente caso, considera la Sala de Decisión que la intención del demandante de desafiliarse de manera definitiva del subsistema de pensiones y/o la actitud renuente de parte de Colpensiones por un déficit de aportes pensionales se encuentran demostradas, en la medida en que, del examen minucioso de las circunstancias particulares del caso, al tenor del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no permiten llegar a tal conclusión, por lo siguiente:

Conforme al acto administrativo de reconocimiento pensional antes mencionado, se observa que el 21 de julio de 2016 el actor solicitó el reconocimiento de su pensión, pero la prestación le fue reconocida a corte de nómina 01 de mayo de 2017, que dicho sea de paso coincide con el último aporte a ese mismo periodo cotizado con el empleador «*COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EXPRESOS*» y además se reportó la respectiva novedad de retiro, empresa con la que venía cotizando sin solución de continuidad desde el ciclo de marzo de 2015.

De la información registrada en la historia laboral (Exp. Digital: «*GRP-SCH-HL-66554443332211_2009-20210617101137*»), se tiene que al demandante le fue reportada una novedad de retiro con el citado empleador en noviembre de 2015, pero también lo es que seguidamente en ese mes ingresó a laborar con el empleador

«TRANSPORTES CSC LTDA», y se mantuvo allí afiliado hasta cuando se reportó la novedad de retiro en el mes de enero de 2016 y continuó laborando con el empleador «COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EXPRESOS», respecto de quien aparece la ya mencionada novedad de retiro en el mes de mayo de 2017.

Sobre este punto, valga hacer una aclaración, y es que no siempre que se produzca una novedad de retiro de un trabajador al servicio del empleador, puede asimilarse a la desafiliación requerida para entrar a disfrutar la pensión de vejez, en la medida en que, mientras la primera simplemente da cuenta de una situación propia del mundo del trabajo, que no descarta la posibilidad de un nuevo ingreso, la segunda tiene un carácter definitivo, al punto que ella pueden emerger determinados derechos pensionales (CSJ SL682-2013).

De manera que, al no haber quedado clara la intención del demandante de cesar de manera definitiva su obligación de efectuar aportes al subsistema de pensiones a partir del 15 de marzo de 2015, aun cuando tuviera consolidado su derecho pensional con el cumplimiento de la edad, no existe razón jurídica para condenar a la entidad demandada a reconocer un retroactivo pensional con anterioridad al 1º de mayo de 2017 como lo hizo en la Resolución SUB 46397 del 26 de abril de 2017 y, por lo mismo, habrá de confirmarse la sentencia objeto de apelación en este puntual aspecto.

De igual modo, tampoco hay lugar a acceder a la reliquidación de la mesada pensional en aplicación de las facultades ultra y extra petita, como lo sugiere el recurrente, a quien se le recuerda que las mismas tienen su génesis legal, en el artículo 50 del Código Sustantivo de Trabajo CST, el cual dispone que el Juez Laboral de Primera Instancia que no constituyen una camisa de fuerza, y que para el caso particular de la segunda instancia no tienen cabida, tal y como lo ha dejado decantado pacíficamente el Alto Tribunal, en entre otros pronunciamientos, en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 38010. En consecuencia, esta corporación no puede dar aplicación a tales facultades como lo sugiere la recurrente por activa, máxime, cuando en la fijación del litigio se delimitó a las pretensiones expresamente pedidas en la demanda, tal y como se preció en precedencia, es decir, no se vislumbró lo relativo a una posible reliquidación de la mesada pensional del demandante, marco frente al cual, como ya se dijo, estuvo conforme la parte accionante al expresar estar de acuerdo y por ende, así se encaminó el debate probatorio.

En tal virtud, queda resuelta las apelación formulada por la parte actora. De tal

modo que, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

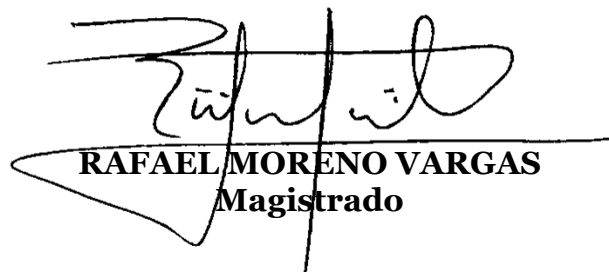
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

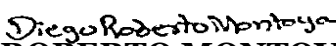
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de ARISTIDES VACCA VACCA
contra LA EQUIDAD ASEGURADORA DE RIESGOS LABORALES.
Rad. 110013105-036-2019-00228-01.**

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, respecto de la sentencia proferida el 25 de junio de 2021 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **ARISTIDES VACCA VACCA**, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria con el fin de que se declare que EQUIDAD ASEGURADORA DE RIESGOS LABORALES no ha cumplido las obligaciones asistenciales y legales a su cargo desde el 17 de julio de 2016. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar las incapacidades causadas desde el 22 de septiembre de 2017 hasta cuando exista un concepto favorable de rehabilitación o se determine si tiene derecho a la pensión de invalidez, junto con la suma de cuarenta y cinco (45) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales. Igualmente, se condene al pago de la indemnización moratoria, a lo ultra y extra petita, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que el 12 de septiembre de 2014, EPS CAFESALUD emitió el dictamen de pérdida de

capacidad laboral, encontrando que padece de Discopatía y Espondilosis, las cuales son de origen laboral, precisando que el 17 de julio de 2016 se notificó a la demandada sobre la firmeza del documento. Explicó que por sus problemas de salud sólo pudo laborar desde febrero a mayo de 2018, de forma tal que a partir de junio del mismo año, tuvo que interrumpir sus tratamientos psiquiátricos, quedando pendientes exámenes de fisiatría, clínica del dolor, neuroconducción de cada miembro y electromiografía en cada extremidad. Señaló que mediante fallo de tutela 2017-00912 del Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá, se ordenó a la EPS CAFESALUD y la ARL EQUIDAD SEGUROS tramitar su pérdida de capacidad laboral, por lo que la demandada expidió el dictamen de pérdida de capacidad laboral, determinando como fecha de estructuración el día 19 de septiembre de 2017 y una pérdida de capacidad laboral del 22.07%. Aseveró que el 10 de octubre de 2017 presentó inconformidad contra el dictamen de pérdida de capacidad laboral, sin embargo, aquella no fue tramitada sino hasta presentar una acción de tutela ante el Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá, por lo que, la Junta Regional del Meta mediante decisión de enero de 2019 encuentra que su pérdida de capacidad laboral asciende a 32%. Afirmó que presentó inconformidad contra el antedicho dictamen, sin embargo, no se remitieron los documentos a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por ende, inició un incidente de desacato ante el Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá. Añadió que el Juzgado 35 Civil Municipal de Bogotá mediante fallo de tutela, ordenó a la demandada tramitar sus citas médicas para la especialidad de fisiatría. Manifestó que el Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá mediante fallo de tutela, ordenó a la demandada a tramitar su inconformidad presentada contra el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido el 22 de septiembre de 2017. Mencionó que el 01 de marzo de 2018 fue diagnosticado con “episodio depresivo no especificado” y que laboró para la Unión de Trabajadores de Veracruz SAS hasta el 30 de diciembre de 2015. Esgrimió que formuló demanda ordinaria laboral en contra de la Unión de Trabajadores de Veracruz SAS, la Cooperativa de Trabajo Asociado Coagrociviles, la Unipalma de los Llanos y la Cooperativa de Trabajo Asociado Búfalo, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y la culpa patronal por enfermedad laboral. Argumentó que la demandada no ha cumplido con la provisión asistencial ordenada en el fallo de tutela, ni ha suministrado las prestaciones económicas a que tiene derecho (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00228, págs. 18 a 25).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no es una administradora de riesgos laborales y no tiene obligación alguna de reconocer prestaciones económicas o asistenciales al demandante. Manifestó que es una persona jurídica autónoma, independiente y totalmente diferente a La Equidad Seguros de Vida OC. Propuso como excepciones de fondo, las de «falta de legitimación en la causa por pasiva -La Equidad Seguros Generales O.C. no es ni ha sido administradora de riesgos laborales (ARL). La Equidad Seguros Generales O.C. no cuenta con aprobación para desarrollar el ramo de riesgos laborales y nunca ha desarrollado tal actividad», «falta de legitimación en la causa por pasiva-La Equidad Seguros Generales O.C. es una entidad autónoma con personería jurídica propia- La Equidad Seguros Generales O.C. es una persona jurídica diferente a La Equidad Seguros de Vida O.C.», «falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación-La Equidad Seguros Generales O.C. no es ni ha sido fondo de pensiones al que estuviera afiliado el difunto», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «excepción genérica» (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00228, págs. 109 a 124).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 25 de junio de 2021, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Igualmente, condenó en costas a la parte actora, tomando la suma de \$200.000 como agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión en síntesis, señaló que, según el certificado de existencia y representación de la cámara de comercio de la demandada EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C. aquella está identificada con el NIT 8600328415-5 y su objeto social y actividades no corresponden a las de una administradora de riesgos laborales, ni a nada relacionado con el Sistema General de Seguridad Social. Explicó que pudo deducir que la demanda iba encaminada contra la sociedad EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C., toda vez que se allegó el certificado de existencia y representación legal de dicha entidad y el NIT descrito en la parte inicial de la demanda concuerda con el de la misma, por lo que admitió la demanda contra la entidad y la parte actora la notificó, sin efectuar reparo alguno. Señaló que los documentos obrantes en el plenario iban dirigidos a la sociedad La Equidad Seguros de Vida Organismo

Cooperativo, tal como se observa del formulario para determinación de origen de accidente, de la enfermedad y la muerte expedido por la EPS CAFESALUD, de la notificación de calificación de origen de enfermedad y la notificación de calificación de pérdida de capacidad laboral. Añadió que en los fallos de tutela allegados por la parte actora siempre se adoptaron decisiones en contra de La Equidad Seguros de Vida Organismo Cooperativo, encontrando que se trata de una sociedad diferente a la demandada, tal como lo certificó la Superintendencia Financiera. Manifestó que la Sala de Casación Civil de la CSJ ha indicado que la legitimación en la causa es propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto, está relacionada con las pretensiones, por lo que su ausencia no constituye un impedimento para resolver de fondo, sino un motivo para decidir de forma adversa. En ese orden, concluyó que es procedente declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si existe o no legitimación en la causa por pasiva de la demandada EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C., en caso contrario, determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades señaladas en la demanda.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver la controversia planteada, sea lo primero precisar que la parte actora persigue el pago de las prestaciones económicas a cargo de las entidades del sistema general de seguridad social, específicamente, de la Aseguradora de Riesgos Laborales-ARL- en la que se encuentra afiliado, por lo que es dable verificar si la demandada EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C., es la sociedad encargada de satisfacer el pago de tales emolumentos.

En ese sentido, se debe recordar que la legitimación en la causa es un elemento sustancial que permite a un sujeto reclamar su derecho frente a quien debe satisfacerlo, de forma tal que, la parte demandante debe tener vocación jurídica para invocar el derecho y la demandada, debe ser la responsable de saciarlo.

Igualmente, se debe advertir que la parte actora es la encargada de acreditar que la convocada a juicio como demandada, es quien debe responder por las pretensiones, pues dirigir las pretensiones contra quien está legitimado en la causa por pasiva, se traduce en una condición básica en materia procesal, tal como lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral de la CSJ:

«Una regla del derecho procesal consiste en que quien aspire al reconocimiento de derechos laborales y prestacionales, debe acreditar que la persona que citó al proceso como demandada es precisamente aquella a quien le prestó el servicio o está obligada a responder por tal reclamo, a efectos de cumplir con uno de los requisitos para tal estimación de la pretensión, que es la legitimación en la causa por pasiva» (CSJSL758-2018).

Al respecto, se debe decir que pese a que en el párrafo inicial de la demanda se indica que la acción va dirigida en contra de «EQUIDAD ASEGURADORA DE RIESGOS LABORALES», lo cierto es que el NIT transcrito para referirse a la accionada es el número 860.028.415-5, esto es, el perteneciente a la sociedad EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C., tal como se desprende del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio aportado por la parte actora (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00228, págs. 75 a 88). De lo anterior, se puede concluir que la parte actora dirigió la demanda contra la actual demandada, esto es, EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.

Ahora bien, a efectos de esclarecer si la demandada es la entidad legitimada en la causa para responder por las pretensiones del demandante, se debe tener en cuenta la siguiente prueba documental allegada al plenario:

- El formulario de dictamen para determinación de origen del accidente, de la enfermedad y la muerte expedido por la EPS CAFESALUD, donde se indican los datos generales del demandante y que la ARL a la que se encuentra afiliado es LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00228, págs. 26 a 28).
- La notificación de calificación de origen enfermedad emitida por la EPS CAFESALUD el 20 de mayo de 2016, la cual se envía con copia a la ARL LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, a la AFP Colpensiones y al

empleador Unión de Trabajadores de Veracruz (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00228, págs. 29).

- El documento por medio del cual la EPS CAFESALUD notifica a la ARL LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA sobre la firmeza del dictamen de pérdida de capacidad laboral del demandante (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00228, págs. 30).
- La notificación del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante, expedido por la ARL LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA el 22 de septiembre de 2017 (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00228, págs. 31).

De esta manera, es claro para la Sala que la entidad encargada de responder por las pretensiones formuladas por el demandante no es la aquí convocada, esto es, *LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.*, pues de los documentos se extrae que las prestaciones económicas del sistema general de seguridad social reclamadas por el actor estarían a cargo de la ARL LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, entidad a la que se encuentra afiliado.

Además, huelga decir que, la accionada allegó dos certificados de la Superintendencia Financiera, uno relacionado con LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO y otro de LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO, siendo más que claro que se trata de dos sociedades diferentes (Exp. Digital: 01. Expediente digitalizado 2019-00228, págs. 125 a 130). Aunado a lo anterior, se evidencia que la multiplicidad de acciones constitucionales de tutela formuladas por el actor, han sido dirigidas y falladas en contra de la EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, entidad que se reitera, no es la convocada a este juicio.

De lo anterior, se vislumbra que no existe legitimación en la causa por pasiva por parte de la sociedad EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO, pues no es la llamada a responder por las pretensiones formuladas por el promotor del proceso. En ese orden, se confirmará la decisión de primera instancia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

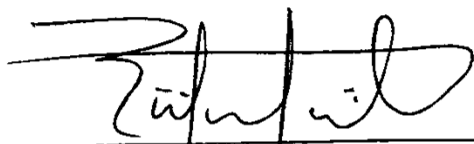
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contra LUZ MARLEN
SANABRIA ZAPATA Rad. 1100131-05-037-2021-00040-01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** instauró el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la señora **LUZ MARLEN SANABRIA ZAPATA** con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución GNR 310440 del 20 de noviembre de 2013 mediante la cual se reconoció la pensión de vejez a favor de la demandada, asimismo, se declare la nulidad de la Resolución VPB 22994 del 01 de diciembre de 2014 por medio de la cual se dispuso la reliquidación de la prestación. Igualmente, se ordene a la demandada a reintegrar las sumas recibidas por concepto de mesadas pensionales, junto con el retroactivo, los aportes a salud y/o fondo de solidaridad pensional, sumas que deberán ser anexadas. Finalmente, se condene a la demandada al pago de intereses y costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que mediante la Resolución No GNR 310440 del 20 de noviembre de 2013 reconoció la pensión de

vejez a la demandante desde el 01 de diciembre de 2013, en cuantía de \$1.146.405, valor que ascendió a \$1.293.996, tras haber efectuado la reliquidación solicitada por la demandada. Manifestó que el 10 de noviembre de 2018, la demandada elevó petición solicitando el reconocimiento y pago del retroactivo, más la aplicación del régimen de transición, no obstante, negó el pedimento teniendo en cuenta que aquella se encuentra afiliada a COLFONDOS desde el 01 de marzo de 2001, según información registrada en el SIAFP. Afirmó que el 14 de agosto de 2019 profirió auto de pruebas, requiriendo a la demandada para obtener su consentimiento y revocar la Resolución GNR 310440. Adujo que el 03 de septiembre de 2019, la demandada notificó un fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual se ordenó resolver un derecho de petición presentado por la misma, pese a que no se encontró soporte alguno de aquel. Señaló que la demandada debe reintegrar lo recibido por la pensión de vejez, toda vez que el reconocimiento se otorgó de manera irregular de conformidad con el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 (Exp. Digital: 01.DemandayAnexos, págs. Fls. 3 a 13).

TRÁMITE PROCESAL PREVIO

La demanda instaurada el 30 de septiembre de 2020 correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, (Exp. Digital: 02.CuadernoTribunal.pdf, pág. 2) quien mediante decisión del 04 de diciembre de 2020 se abstuvo de avocar conocimiento y remitió el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito (Exp. Digital: 02.CuadernoTribunal.pdf, págs. 4 a 7).

Una vez surtido el trámite, correspondió por reparto al Juzgado 37 Laboral del Circuito, quien mediante auto del 17 de febrero de 2021 avocó conocimiento y ordenó a la parte actora adecuar y subsanar la demanda, teniendo en cuenta la legislación laboral y de seguridad social (Exp. Digital: 04.AutoAvocaConocimientoyRequiere). Por lo anterior, COLPENSIONES presentó demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que la demandada no tiene derecho a la pensión de vejez concedida mediante la Resolución GNR 310440 de 2013, en consecuencia, aquella debe reintegrar las sumas que recibió por mesadas pensionales, retroactivo, aportes a salud y/o fondo de solidaridad pensional, más intereses (Exp. Digital: 05.SubsanaciónDemandaCompleta).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La señora **LUZ MARLEN SANABRIA ZAPATA** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que nunca indujo en error a COLPENSIONES para que le reconociera la pensión de vejez, sino que la entidad aceptó tal reconocimiento luego de evaluar los documentos allegados con la solicitud pensional, los cuales no fueron tachados de falsos. Afirmó que tiene derecho a la pensión de vejez por haber cumplido con los requisitos exigidos para ello en el año 2013, esto es, tener más de 1.250 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones y haber cumplido más de 55 años de edad. Señaló que su conducta siempre ha estado enmarcada dentro de los presupuestos de la buena fe, por lo que no hay lugar a que COLPENSIONES recupere los emolumentos pagados a un particular de buena fe. Mencionó que el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, mediante fallo de tutela del 19 de julio de 2010, ordenó a COLPENSIONES resolver de fondo su derecho de petición, teniendo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, pues para la entrada en vigencia de dicha norma tenía más de 35 años de edad. Propuso como excepciones de fondo, las de «carencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «falta de causa para demandar», «no obligación de devolver dineros recibidos de buena fe», «buena fe», «prescripción» y «excepción genérica» (Exp. Digital: 08.ContestaciónDemanda, págs. 3 a 11).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de agosto de 2021, absolvió a la demandada LUZ MARLEN SANARBRRIA ZAPATA de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la demandante COLPENSIONES.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que la prohibición de traslado entre regímenes pensionales fue establecida en la Ley 797 de 2003, la cual fue declarada exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que las personas que contaran con más de 15 años de servicios para el 01 de abril de 1994 pueden retornar al RPMPD en cualquier tiempo. Precisó que el 01 de noviembre de 2010, la demandada se trasladó del RAIS al RPMPD, es decir cuando estaba inmersa en la aludida prohibición de traslado, pues tenía 52 años de edad, aunado a que no estaba cobijada por el régimen de transición, dado que no cumplía con el tiempo de servicio requerido. No obstante, encontró que el ISS, hoy COLPENSIONES aceptó el traslado de régimen de la accionada, en virtud del fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá del 19 de julio de 2010, por medio del cual se ordenó contestar el derecho de petición

formulado por la demandada, en el sentido de tenerla como beneficiaria del régimen de transición, por tener más de 35 años de edad para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Manifestó que pese a que tal decisión no se adecuó a la jurisprudencia vigente, lo cierto es que COLPENSIONES no impugnó la decisión y en el sub lite, no atacó los aspectos procesales o sustanciales de la misma. Añadió que no se puede controvertir la ilegalidad de los actos administrativos que concedieron la pensión de vejez a la accionada, tras el cumplimiento de una orden judicial debidamente ejecutoriada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que la demandada no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez otorgada por la Resolución GNR 310440 de 2013, toda vez que aquella se encuentra afiliada al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS, entidad que sí es competente para conceder la prestación. Señaló que para el 01 de abril de 1994, la demandada sólo había cotizado 681.14 semanas al sistema general de pensiones, de forma tal que no cumplió con el mínimo de semanas exigidas para ser beneficiaria del régimen de transición y retornar en cualquier momento al RPMPD, tornándose en inválido el traslado de régimen. Expresó que la demandada cumplió 55 años de edad en el 2013, por lo que debió trasladarse al RPMPD antes del 01 de junio de 2003, no obstante ello ocurrió el 14 de septiembre de 2010. Reiteró que la pensión de vejez de la demandada debe ser pagada por COLFONDOS, pues pagar una prestación que fue reconocida por error, es afectar el erario público (sic), más si se tiene en cuenta que esa situación se presenta con frecuencia, causando un déficit fiscal.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandante COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Por su parte, la demandada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, si hay lugar o no

a revocar la pensión concedida a la demandante, verificando la devolución de las mesadas pagadas.

CONSIDERACIONES

Con el objeto de resolver el problema jurídico expuesto, la Sala encuentra como hechos probados, que mediante de Resolución Nro. GNR 310440 de 20 de noviembre de 2013, esta COLPENSIONES ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a favor de la señora **SANABRIA ZAPATA LUZ MARLEN** en los términos dispuestos por la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta 1,293 semanas cotizadas, con un ingreso base de liquidación – IBL de \$1.791.817 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 63,98% para una mesada pensional de \$1.146.405 a partir del 01 de diciembre de 2013, la cual fue confirmada por la Resolución Nro. GNR 280041 de 08 de agosto de 2014; dicha prestación fue modificada por la Resolución VPB 22994 de 01 de diciembre de 2014, con 1,567 semanas, un IBL en cuantía de \$1,738,149.00, al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 73,03% dando una mesada pensional de \$1,269,370 a partir del 01 de diciembre de 2013. Lo anterior fu confirmado por las Resoluciones SUB 296182 de 27 de diciembre de 2017, SUB 100311 del 27 de abril de 2019, SUB 40649 de 14 de febrero de 2018, DIR 7347 del 17 de abril de 2018 y SUB 216810 del 13 de agosto de 2019 (Exp. Digital: «01.DemandayAnexos» págs. 27 a 105).

Ahora bien, ante solicitudes de reliquidación pensional por parte de la actora con base en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, sostuvo COLPENSIONES que la actora no tenía derecho a la pensión previamente concedida dado que se encontraba válidamente afiliada al RAIS, dado que se trasladó a dicho régimen pensional el 01 de marzo de 2001 y que no cumplía el requisito de las 750 semanas cotizadas al 01 de abril de 1994 y que de acuerdo a su fecha de nacimiento (01/07/1958), cumplió la edad (55 años) el 01/07/2013; es decir debió haberse trasladado antes del 01/07/2003, requisito con el que no cumplía la hoy demandante. De modo que el reconocimiento pensional resultaba irregular y por ello debe revocarse tal reconocimiento, siendo este el eje central del presente litigio.

De lo antes enunciado, encuentra la Sala conforme a la historia laboral aportada por COLPENSIONES que, en efecto la actora se afilió inicialmente al ISS el 29 de noviembre de 1973, posteriormente a partir del periodo de marzo de 2001 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual donde cotizó hasta el ciclo de enero de 2011, seguidamente comenzó a cotizar nuevamente al ISS, hoy COLPENSIONES hasta el periodo de julio de 2012.

En ese sentido, es de recordar que a voces de lo dispuesto por el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, todos los afiliados al Sistema General de Pensiones tienen derecho a efectuar traslado entre regímenes, siempre y cuando cumplan con los requisitos de permanencia y temporalidad en la solicitud respectiva, de la siguiente forma:

«e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...»

Lo anterior, en palabras simples y puntuales, traduce en que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se establece la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002, donde la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del aparte del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece la regla sobre la pérdida del régimen de transición, cuando el afiliado se traslada al régimen de ahorro individual y retorna posteriormente al de prima media con prestación definida, determinó su exequibilidad condicionada, en el entendido que tales disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993.

En términos semejantes se pronunció esa máxima corporación en Sentencia C-1024 de 2004, al declarar condicionadamente exequible el aparte del art. 2º de la Ley 797 de 2003, que establecía que pasado un año de vigencia de tal disposición **«el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez»**, bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-0789 de 2002.

Asimismo, en la sentencia SU-130-2013, se recordó e insistió, en lo siguiente:

*«Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.** Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquel régimen»* (resaltado y subrayas de la Sala).

Este criterio es también compartido por la jurisprudencia laboral como puede verse, entre otras, en sentencias CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 42555, CSJ SL563-2013, CSJ SL17388-2017, CSJ SL1342-2018, CSJ SL4314-2018, CSJ SL696-2019, CSJ SL2609-2019, SL5555-2019, CSJ SL3053-2020, CSJ SL3223-2020, CSJ SL2350-2020.

De acuerdo con los lineamientos anteriores, podemos decir que se pierde el régimen de transición por traslado al régimen de ahorro individual, aun cuando se regrese al de prima media, con excepción de aquellas personas que a la entrada en vigencia del sistema tenían 15 o más años de servicios o cotizaciones, quienes conservan el régimen de transición, luego de su retorno, situación que no acontece con la demandada señora SANABRIA ZAPATA dado que la historia laboral solamente da cuenta de 681,14 semanas cotizadas al 01 de abril de 1994, pese a que por edad sí era beneficiaria del régimen de transición al contar con más de 35 años de edad.

Conforme a lo anterior, en principio le asistiría razón a la parte demandante, COLPENSIONES, dado que por el traslado de régimen efectuado no podría retornar al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo, empero, no puede pasar por alto la Sala que mediante fallo proferido en sede de acción de tutela el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá -Rad. 2010-00352, el 19 de julio de 2010 resolvió:

PRIMERO.- SE CONCEDE la tutela solicitada por la señora LUZ MARLEN SANABRIA ZAPATA, identificada con la C.C. No. 51.577.866 de Bogotá, al derecho fundamental de petición y de la seguridad social-pensiones- previstos en los artículos 23 y 48 del C.N., la Constitución Política Nacional.

SEGUNDO.- ORDENAR al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES –PENSIONES, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la sentencia, resuelva de fondo el derecho de petición que le presentara la señora LUZ MARLEN SANABRIA ZAPATA, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.577.866 de Bogotá, con fecha primero (1º) de Junio de 2010, radicado 117333, teniendo en cuenta en esta decisión que la citada señora peticionaria había cumplido los 35 años de edad al primero de abril de 1994, y por ende quedó dentro del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y que por ello le asiste el derecho al cambio de régimen pensional solicitado, al cumplirse este requisito, según la jurisprudencia.

TERCERO.- Prevenir a COLFONDOS S.A. – para que preste la colaboración que sea necesaria, a efectos de atender los requerimientos que le haga el Seguro Social en atención al derecho de petición de la señora Luz Marlen Sanabria Zapata.

CUARTO.- Notifíquese por el medio más expedito el contenido de esta providencia a las entidades accionadas INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – PENSIONES, a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. – COLFONDOS, y a la accionante LUZ MARLEN SANABRIA ZAPATA.

QUINTO.- SE ORDENA igualmente que las entidades accionadas INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - PENSIONES y la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. – COLFONDOS, informar a este juzgado en el señalado término, las medidas que hayan tomado en relación con el cumplimiento de la presente decisión.

La anterior acción de tutela tuvo como origen la petición de traslado o retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLFONDOS a COLPENSIONES:

Del escrito de tutela se obtiene que la accionante pretende que se le proteja su derecho fundamental de petición, por el cual solicita al Instituto de Seguro Social - Pensiones, autorización para regresar al Régimen de Prima Media con prestación Definida y en consecuencia, salir del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, donde actualmente se encuentra cotizando con la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. – COLFONDOS.

Allí el Juzgado de conocimiento en esa oportunidad consideró:

Al punto, si bien es cierto, que la demandante del amparo señala únicamente como vulnerado por el Instituto de Seguro Social – Pensiones, el derecho fundamental de petición que le asiste, el Juzgado observa que, aunque en principio es así, pues resulta innegable el retardo, o la mora de la entidad accionada para resolver de fondo la solicitud de traslado de régimen pensional; vista la respuesta dada al escrito tutelar por la entidad vinculada como demandada, la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. – COLFONDOS, para el caso presente, también resultan vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social y a la libre escogencia de régimen pensional tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia patria.

Sea lo primero indicar que la señora LUZ MARLEN SANABRIA ZAPATA, **sí pertenece al régimen de transición**, por cuanto al entrar en vigencia el sistema de pensiones el 1º de abril de 1994, según la fotocopia de la cédula de ciudadanía que obra en el expediente (fl.2), tenía más de 35 años de edad, exactamente 35 años y 9 meses, y en este caso no interesa que solo registre aportes y/o cotizaciones por 792 semanas al corte 1º de marzo de 2001, porque el precedente constitucional es claro al señalar que solamente se requiere cumplir uno

de los dos presupuestos del art. 36 de la ley 100 de 1993, para pertenecer al Régimen de Transición, y en consecuencia, obtener el cambio de Régimen Pensional.

Además, se aprecia que la señora LUZ MARLEN SANABRIA ZAPATA, cumple los requisitos determinados por la jurisprudencia constitucional, para que sea posible su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin ser presupuesto para ello, que a la accionante le falten más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, pues nótese que en la jurisprudencia a la cual se ha hecho cita, aquella persona que cumpla con uno de los requisitos previstos en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, tiene el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

En ese orden, resulta bastante claro que el juez constitucional partió de premisas, consideraciones e interpretaciones erróneas con relación al retorno al Régimen de Prima Media por virtud del régimen de transición, pero lo cierto es que, ordenó tal devolución sin que COLPENSIONES haya impugnado tal decisión de ahí que haya tenido que aceptar el traslado, como en efecto ocurrió, según se deduce de la historia laboral donde existe constancia de que se recibieron los aportes realizados en el RAIS, así: «*Pago recibido del Régimen de Ahorro Individual por traslado*», y a partir de allí, se expidieron los actos administrativos que reconocieron y liquidaron la prestación por vejez en favor de la accionada, por tanto, estima la Sala que no se dan los presupuestos para revocarla, pues fue consecuencia de un pronunciamiento judicial que se encontraba en firme y amparado por la presunción de legalidad y acierto, que además fue producto del ejercicio legítimo del derecho de acción sin que se adviertan conductas indicativas de colusión o fraude. Igualmente, no acreditó Colpensiones que respecto de esa decisión hubiere mediado revisión por parte de la Corte Constitucional con un resultado distinto al plasmado en la sentencia inicial que no fue impugnada.

En este orden de ideas, las razones anteriores resultan más que suficientes para CONFIRMAR la sentencia impugnada en los términos antes expuestos.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

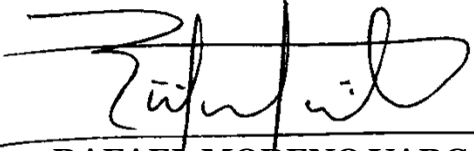
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

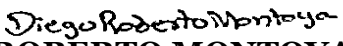
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de LAUDICES PRIETO CRESPO
contra JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTRO.
Rad. 110013105-038-2018-00053-01.**

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **LAUDICES PRIETO CRESPO**, presentó demanda ordinaria laboral contra la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS**, con la finalidad de que se declare y deje sin efectos el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ el 23 de enero de 2015, y en su lugar se califique la patología del cuello y hombro derecho, como de origen profesional. Igualmente, se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones, adjugó que en mayo de 1999 se vinculó a la ARL del ISS, momento en el que se desempeñó como asistente administrativa, a través de contratos de prestación de servicios. Arguyó que sus funciones se circunscribían a manejar correspondencia y archivo de expedientes sin la ayuda de una carreta que

permitiera movilizar los expedientes con facilidad, por la cual empezó a sentir dolor en el cuello y brazos. Señaló que desde el 2002, la EPS y ARP del extinto ISS, le hicieron seguimiento por síndrome de túnel del carpo y dolor en brazos y cuello, con fisioterapia y medicamentos para aliviar el dolor. Aseguró que en agosto de 2008 se reportó el Formato de Informe de Enfermedad Profesional a la ARP-ISS, con remisión de la EPS para el estudio de la enfermedad profesional. Afirmó que el 01 de septiembre de 2008 la ARP-ISS y la Previsora Vida, se fusionaron para formar la POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., momento en el que fue contratada a través de la Temporal Manpower para desempeñar el mismo cargo que estaba ejecutando. Esgrimió que el 10 de marzo de 2009 la Previsora Vida calificó sus patologías como de origen profesional y el 07 de enero de 2010 recibió una calificación de pérdida de capacidad laboral de 22.11%, en consecuencia, Positiva Compañía de Seguros le pagó una indemnización por incapacidad permanente parcial. Aseveró que ha presentado patologías similares en el lado derecho de su cuerpo y que la Nueva EPS mediante Dictamen Médico Laboral del 21 de abril de 2014 calificó de origen laboral las patologías de: otras degeneraciones del disco vertical, cervicalgia crónica y síndrome de manguito rotatorio derecho; dictamen que fue controvertido por Positiva Compañía de Seguros al decir que eran patologías de origen común, lo cual fue ratificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 31 de julio de 2014 y por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 23 de enero de 2015. Agregó que no se tuvo en cuenta su historia clínica completa, ni el análisis del puesto de trabajo efectuado el 11 de agosto de 2008, ni el hecho de que no fue reubicada, ni se disminuyó la carga laboral (Exp. Digital: 01CuadernoFisico, págs. 1 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez confirmó el Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante Dictamen No. 23 de enero de 2015, tras considerar que las patologías de la demandante son de origen común porque su puesto de trabajo no le exigía posturas forzadas de hombro, ni manipulación de cargas por encima de los valores permitidos por la ley. Aseveró que el Dictamen fue emitido de conformidad con la ley, aunado a que, la parte actora no señaló cuales son los vicios que adolece el mismo, para no tener ningún valor. Añadió que, para emitir el Dictamen, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez tuvo en cuenta todos los fundamentos facticos, la historia clínica, la valoración interdisciplinaria,

los antecedentes ocupacionales, entre otros, los cuales le permitieron determinar que las patologías de la demandante son de origen común. Aclaró que el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial fue efectuado por patologías diferentes a las que se discuten en el sub lite. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «prescripción», «buena fe» y «excepción genérica» (Exp. Digital: 01CuadernoFisico, págs. 201 a 216).

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** contestó la demanda manifestando que se atiene a lo que sea decidido, no obstante, el Dictamen que emitió constituye una decisión técnica y médica que tiene pleno soporte probatorio y guarda relación con las normas que rigen la calificación del origen de las patologías. Mencionó que no es procedente ordenar que realice un nuevo Dictamen porque no tiene la facultad de revocar sus propias calificaciones, por lo que corresponde al juez definir la situación jurídica de la demandante. Recordó que para que una enfermedad sea calificada como profesional, es menester que concurren los elementos previstos en la Ley 1562 de 2012, aunado a que, el Decreto 1477 de 2014 establece la Tabla de enfermedades laborales y el análisis para la determinación de relación causal entre las patologías y el trabajo, especificando las industrias en las que realmente existe un eventual factor de riesgo, dentro de las cuales no están las tareas ejecutadas por la demandante. Presentó como excepciones de fondo las de «legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez», «improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor», «inexistencia de pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez-Competencia del Juez Laboral», «buena fe de la parte demandada» y «excepción genérica». (Exp. Digital: 01CuadernoFisico, págs. 257 a 280).

La **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ** contestó la demandada manifestando que no se opone a las pretensiones, pues no fueron dirigidas en su contra, no obstante, expresó que el Dictamen que realizó esta ajustado al concepto de enfermedad laboral establecido en el artículo 4 de la Ley 1562 de 2012 y el Decreto 1477 de 2014 sobre Tabla de enfermedades Laborales, aunado a que se efectuó bajo los postulados de la buena fe. Mencionó que del análisis de puesto de trabajo se extrae que las actividades realizadas por la demandante no requieren posturas forzosas como brazos en abducción prolongada sosteniendo un peso, movimientos repetitivos con los brazos elevados o exposición a vibración segmentaria, es decir que no representan riesgo para generar patología a

nivel de hombro derecho. Presentó como excepciones de fondo las de «buena fe de la demandada», «falta de legitimación en la causa por pasiva (demandada Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca)» y «excepción genérica». (Exp. Digital: 01CuadernoFisico, págs. 290 a 296).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito, mediante sentencia proferida el 11 de octubre del año 2021, negó las pretensiones de la demanda y absolvió a las demandadas.

Para arribar a tal conclusión, señaló que, el artículo 4 de la Ley 1562 del 2012 define que la enfermedad laboral es la que se contrae como resultado de la exposición a los factores de riesgos inherentes a la actividad laboral del trabajador, para lo cual el Gobierno Nacional regula periódicamente las enfermedades que se consideran laborales y de no estar allí un padecimiento se debe probar la relación de causalidad entre la enfermedad y los factores de riesgo ocupacionales. Explicó que de conformidad con el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, le corresponde a las AFP, ARL, EPS y aseguradoras que cubren el riesgo de invalidez y muerte, determinar el origen de las contingencias, así como el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, decisión que puede ser controvertida ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuyas decisiones también pueden ser debatidas ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Mencionó que los dictámenes emitidos por las Juntas Nacionales de Calificación de Invalidez, pueden ser sometidos a control ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en caso de que se haya cometido un error grave. Recordó que la demandante fue diagnosticada con «*otras degeneraciones del disco cervical, cervicalgia y síndrome de manguito rotatorio derecho*», las cuales fueron calificadas como de origen laboral por la Nueva EPS el 18 de marzo de 2014, no obstante, tanto la Junta Regional de Calificación de Invalidez como la Junta Nacional de Calificación de Invalidez consideraron que tales patologías son de origen común. En ese orden, argumentó que los padecimientos de «*otras degeneraciones del disco cervical, cervicalgia crónica y síndrome de manguito rotatorio derecho*» no fueron producto de los factores de riesgo inherentes a las actividades laborales de la demandante, pues el manejo de computador, correspondencia, planillas, así como el traslado de expedientes y la atención personalizada telefónica, no le exigían posturas de hombros repetitivos, ni manipulación de cargas en hombros y columna vertebral. Añadió que no se aportó prueba científica o medica que desvirtuó las conclusiones a las que arribó la entidad calificadora, dado que no se demuestra un error grave en el análisis efectuado,

máxime cuando el dictamen impugnado se fundamentó en la historia clínica, el análisis de los puestos de trabajo y las valoraciones de los especialistas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante inconforme con la decisión la apeló, aduciendo que el A quo apreció erróneamente el dictamen del 21 de abril de 2014 emitido por la Nueva EPS, toda vez que allí se señala que las enfermedades de la demandante son de origen laboral, documento medico científico en el que se determinó que las patologías tienen plena relación con las actividades laborales desarrolladas, pues la actora estuvo expuesta al riesgo biomecánico durante 16 años, el cual generó trastornos musco esqueléticos por trauma acumulativo, dado que según el análisis del puesto del trabajo debía manipular diariamente un peso de hasta 180 kilogramos al recoger los expedientes del suelo con el miembro superior derecho. Destacó que pese a que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, considera que la enfermedad no es de origen laboral, sino que está relacionada con la edad de la demandante, se debe tener en cuenta que entre el 2001 y 2008, ya sufría las mismas patologías en el lado izquierdo y fueron valoradas como enfermedades profesionales, aunado a que, médicos expertos de la Nueva EPS señalaron que debía recoger al día un peso de hasta 180 Kilogramos. Precisó que de lo anterior es posible concluir que sí hubo un error en la valoración, lo cual está sustentado por el análisis de puesto de trabajo realizado por un profesional con registro medico calificado, el cual es idóneo para controvertir los dictámenes entregados por las Juntas de Calificación de Invalidez.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primer grado. De otro lado, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, presentaron alegatos solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a la Sala de Decisión establecer si hay lugar a declarar nulo el dictamen proferido por la Junta

Nacional de Calificación de Invalidez, para en su lugar acoger el dictamen efectuado por la Nueva EPS y así establecer como de origen laboral las patologías de la actora.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el litigio se centra en desvirtuar el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, considera menester esta Sala de Decisión determinar el alcance y valor que tienen dichos dictámenes a efectos de ser tenidos en cuenta por el Juez como prueba idónea de la PCL, fecha de estructuración y origen de una enfermedad.

Atendiendo el asunto a decidir, si bien es cierto los arts. 41 y ss. de la Ley 100 de 1993, inciso segundo del art. 52 de la Ley 962 de 2005 y el art. 6° del Decreto 917 de 1999, concuerdan en determinar que son las Juntas de Calificación de Invalidez, Regional o Nacional, a quienes les compete establecer la calificación de la pérdida de la capacidad laboral -PCL- y que son sus dictámenes el medio de convicción idóneo para establecer dentro de un proceso judicial tanto el estado como el origen de la invalidez y la fecha de estructuración, siguiendo los lineamientos de orden técnico y científico del Manual Único para la Calificación de Invalidez, no es menos cierto que los mismos pueden llegar a ser controvertidos, rechazados o invalidados, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Ley, tal y como lo preceptúa el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, que dispone:

«Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente».

Aunado lo anterior, los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación, también se han considerado como una prueba idónea para acreditar en un escenario judicial el estado de invalidez y la fecha de su iniciación, a voces de lo dispuesto por el art. 3 del Decreto 2463 de 2001¹, y que fue reiterado en el art. 28 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013².

¹ **Artículo 3º-Calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral.** Corresponderá a las siguientes entidades calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad:

1. Las juntas regionales de calificación de invalidez decidirán sobre las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral requeridos por las autoridades judiciales o administrativas, evento en el cual, su actuación será como peritos asignados en el proceso. Las juntas de calificación de invalidez también actuarán como peritos en los casos de solicitudes dirigidas por compañías de seguros cuando se requiera calificar la pérdida de capacidad laboral.

² Artículo 28. Presentación de la solicitud. La solicitud ante la junta podrá ser presentada por:
(...)

9. Las autoridades judiciales o administrativas, cuando éstas designen a las juntas regionales como peritos.

Ahora bien, también se ha dejado claro en la doctrina de la jurisprudencia laboral, que dichos dictámenes, ya sean los rendidos en sede administrativa o como auxiliares de la justicia, no constituyen prueba solemne habida consideración que tanto la pérdida de la capacidad laboral como su origen, pueden ser acreditados a través de otros medios de convicción.

No se puede llegar a desconocer que en determinadas oportunidades y dada la conformación de dichas juntas, el juzgador puede valerse de la ayuda de informes técnicos y peritaciones, emitidos por un tercero que se encuentre debidamente capacitado y posea los conocimientos científicos y técnicos que usualmente el mismo juez puede desconocer, para poder entrar, en justicia y en derecho, a esclarecer un punto o un hecho de los dictámenes que estas han emitido y con el que alguna de las partes se encuentra en desacuerdo, o tener en cuenta otros medios de prueba.

Sin embargo, precisamente el hecho que tales elementos puedan ser acreditados a través de otros medios probatorios, amerita que quien pretenda desvirtuar lo dictaminado por los órganos competentes de calificación, tenga una carga judicial probatoria tendiente a derruir dichos dictámenes, en la medida, que como lo ha concluido el Alto Tribunal de esta especialidad³: **«este medio de prueba involucra en su contenido no sólo el resultado de los análisis de los expertos, sino además, por estos estudios y todos los medios de convicción que se hubiera valido su autor para llegar a la conclusión».**

De igual forma, no sólo está abierta dicha posibilidad, sino que ha sido la misma jurisprudencia laboral la que ha predicado que el dictamen emitido por las juntas de calificación no obligan al Juez, pues considerar lo contrario, despojaría de la razón de ser a la intervención judicial, pues la potestad de decidir el derecho, ciertamente recae en el juzgador, y es a este último a quien corresponde en ultimas la calificación jurídica del origen de una enfermedad o un accidente, ahora bien, tal criterio jurisprudencial, también se ha sentado sobre la base de la existencia de otros medios probatorios en los cuales pueda el Juez respaldar técnica y científicamente su decisión, como en efecto la mencionada Corporación ha razonado en pronunciamiento del 4 de noviembre de 2015, rad. 53986, en el cual se hace remembranza de la sentencia de rad. 29622 de 2006, en la que se dijo:

³ CSJ SL9184-2016

*«Para tal propósito, nada le impide acudir al poyo de un ente especializado en la materia que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del Estado,...»; “Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las Juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al Juez de dictaminar en forma definitiva, **sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de invalidez, ni la distribución porcentual de la discapacidades y minusvalías**».*

Amén de seguir los lineamientos trazados, la Alta Corporación concluyó:

«Luego, si bien es cierto que para la Corte la valoración científica de las Juntas de Calificación de Invalidez, a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, es en principio la fórmula probatoria propia al establecimiento de dicha condición, también lo es que ha considerado que bajo ciertas circunstancias dicha valoración es susceptible de ser desvirtuada para efectos de la pensión de invalidez a través de la multiplicidad de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico procesal y al tenor de las normas probatorias que rigen la actividad del juez del trabajo».

Con todo, ha de recordarse que a la luz de lo dispuesto por el art. 61 del CPT y de la SS, los jueces de instancia tienen la potestad para valorar libremente los medios de convicción, así como asignarle un mayor mérito probatorio o persuasivo a unos frente a otros, y así formar libre y autónomamente su convencimiento frente a los hechos materia de controversia, siendo el único límite que tal apreciación probatoria no se distancie de la lógica razonable o sea abiertamente caprichosa y contrario a lo que revelan los medios probatorios, es decir contraevidente, pues basta con que al ponderarse y sopesarse los diferentes elementos de juicio, se aplique la lógica y las reglas de la experiencia.

No obstante, dado que la determinación del grado de invalidez o su origen son temas de gran complejidad y especialización, lo mismo implica que se dictamine por un personal especializado para que de esta manera el juzgador pueda obtener un mayor grado de persuasión sobre las decisiones proferidas por las juntas de calificación de invalidez y defina el litigio sin ninguna clase de duda, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del CPT y de la SS el juez del trabajo no está sujeto a tarifa legal alguna, y ésta no es una prueba ad *substantiam actus*.

Así las cosas, encuentra la Sala de Decisión que, en efecto a la señora LAUDICES PRIETO CRESPO le fueron calificadas las patologías o enfermedades denominadas «Otras degeneraciones del disco cervical (espondilosis), cervicalgia crónica y síndrome de manguito rotador derecho», como de origen común según dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 31 de julio de 2014 (Exp. Digital: 01CuadernoFisico. Págs. 143 a 150) decisión frente a la cual se interpuso el recurso correspondiente, el cual fue resuelto por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 23 de enero de 2015, confirmando que las patologías padecidas por la demandante son de origen común (fls. 23 a 28).

Sobre el particular, tal y como ya se explicó con suficiencia en apartes anteriores, debe recordársele al recurrente que los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez son pertinentes y conducentes a fin de establecer el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, por cuanto de manera razonada explican y exponen las razones por las cuales en este caso, las aceptadas patologías y/o diagnósticos de origen común del afiliado LAUDICES PRIETO CRESPO, toda vez que la Junta Regional de Calificación inicialmente concluyó:

«El análisis del puesto de trabajo y la descripción de las tareas no se tienen posturas forzosas como brazos en ABD prolongada sosteniendo un peso, brazos por encima de los 90° asociados a fuerza, movimientos repetidos con brazos elevados, que representen un porcentaje importante dentro de la jornada laboral. Por consiguiente dentro de las actividades realizadas solo en un 5.5% están por fuera de los ángulos de confort. Además para la patología cervical el resultado de la RMN, compromiso espondilótico y cambios degenerativos intradiscuales los cuales están asociados al factor de riesgo inherente probablemente a la edad. Las actividades descritas en las tareas no representan un factor de riesgo para generar una patología degenerativa a nivel cervical».

A su turno, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez observó lo siguiente para el momento de la valoración:

«Se evalúa el puesto de trabajo de Técnico Administrativo en el que se desempeñó la trabajadora por un tiempo de 9 años 3 meses; sin embargo desempeñó el mismo puesto de trabajo, denominándosele como Técnico Administrativo 3 durante 4 años 9 meses, desarrollando las actividades de Manejar computador, Archivar y Atención personalizada y telefónica, las cuales se ejecutaban en postura sedente durante un 95% de la jornada laboral para las actividades de manejo de computador y atención en la oficina; postura bípeda asociado a desplazamientos durante 5% al trasladarse hacia el archivo.

[...] Se revisa estudio de puesto de trabajo aportado al expediente el cual describe-tareas que no le exigen posturas tóreas de hombro asociados movimientos repetitivos de! mismo, ni hay manipulación de cargas por encima de valores permitidos por la legislación colombiana, es decir, no se evidencia carga física para hombros ni columna cervical.

Así las cosas, se determina que NO hay evidencia de exposición a Carga Física laboral en intensidad y frecuencia y en consecuencia NO cumple con lo previsto en el Decreto 2566/2009 y con las Guías de Atención Integral en Salud Ocupacional promulgadas por el Ministerio de Protección Social».

De la fundamentación expuesta por la referida Junta como órgano especializado se observa que, se tuvo en cuenta la copia completa de la historia clínica, especialmente el estudio del puesto de trabajo de la actora, así como los conceptos y valoración interdisciplinaria, incluyendo exámenes, a efectos de realizar el respectivo análisis de las patologías y arribar a tal conclusión, esto es, que el origen de los padecimientos objeto de estudio corresponden a una enfermedad común.

De esta manera sobre el punto en discusión, se concluye que no es viable acceder a la petición de la recurrente en cuanto a no tener en cuenta los mencionados dictámenes proferidos, no sólo por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez sino el practicado la Regional de Bogotá y Cundinamarca, toda vez que quien rinde los dictámenes que obran dentro del plenario son cuerpos especializados en establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de este tipo de patologías, que de manera razonada explican y exponen las razones por las cuales en este caso concluyen que las patologías de la actora nada tienen que ver con el trabajo, sino que son productos de enfermedades comunes, de acuerdo a este último dictamen, sin que se cuente con otros medios de convicción con respaldo cierto y serio en los cuales esta Sala pueda derivar técnica y probatoriamente una conclusión diferente, pues desde luego que lo peticionado en el sentido que se tenga en cuenta el dictamen emitido por la EPS, pues el mismo fue desvirtuado por las experticias expedidas por las aludidas juntas de calificación de invalidez.

En este orden de ideas, es claro para la Sala de Decisión que no resulta viable acceder lo pretendido por la parte actora recurrente, por lo que, la sentencia de primera instancia amerita su confirmación en este puntual aspecto, pues es claro que NO se debía declarar nulo el dictamen proferido por la JNCI, en la medida que sus conclusiones no se encuentran inmersas en errores protuberantes en los términos jurisprudenciales antes expuestos y que hagan meritoria la nulidad perseguida.

En este contexto decisonal, la Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

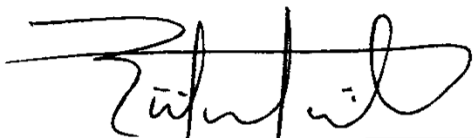
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
 Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
 Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
 Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por WILLIAM ANDRES VILLAMIL PINO contra MARK ESCOBEDO ESTRADA. Rad. 110013105-038-2017-00478-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la curadora ad litem de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **WILLIAM ANDRES VILLAMIL PINO** instauró demanda ordinaria laboral contra el señor **MARK ESCOBEDO ESTRADA**, con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, finalizado sin justa causa por parte de la parte demandada. En consecuencia, se condene al accionado al pago de los saldos de los salarios del periodo comprendido entre noviembre de 2015 y mayo de 2016, junto con las cesantías, vacaciones y primas de servicios. Igualmente, se condene al pago de las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST, más la sanción por no consignación de cesantías. A su vez, se condene al pago de la indexación de las sumas pretendidas, más los intereses. Finalmente se condene al pago de lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 19 de mayo de 2013 inició a trabajar en el establecimiento Minimarket Le Marche, propiedad del

señor MARK ESCOBEDO ESTRADA, empero, sólo hasta el 01 de agosto de 2014 suscribieron el contrato laboral a término indefinido, en el que desempeñó el cargo de Cajero-Auxiliar. Explicó que en el contrato se fijó un salario mensual de \$822.000, suma que fue aumentada en el 2015 a \$1.000.000. Esgrimió que inicialmente laboró dentro de los turnos rotativos que el demandado le asignaba, esto es, de 7 am a 3 pm o de 2 pm a 10 pm, empero, a partir de marzo de 2015, los turnos fueron ajustados a sus horarios de estudio. Aseguró que desde noviembre de 2015, el demandado le pagó sólo \$812.000 de salario mensual, aunado a que, no le pagó las cesantías, ni la liquidación a que tiene derecho y los ocho días de descanso que tomó en el 2016 no fueron remunerados. Expresó que algunas veces, la EPS FAMISANAR se negó a prestarle el servicio de salud, argumentando que se encontraba en mora en el pago de aportes, pese a que se efectuaban los descuentos de su salario. Manifestó que en junio de 2016 presentó renuncia motivada ante el demandado por el no pago del salario pactado, por la imposición de turnos que interferían con su jornada de estudio y la mora en el pago de aportes a seguridad social en salud. Añadió que citó al demandado ante el Ministerio de Trabajo pero aquel no compareció, ni justificó su inasistencia (Exp. Digital: 01CuadernoFisico, págs. 3 a 21 y 63 a 67).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El accionado **MARK ESCOBEDO ESTRADA**, mediante curadora ad litem, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, manifestando que la parte actora no acreditó que la relación hubiera iniciado el 19 de mayo de 2013, ni el salario pagado con los respectivos desprendibles de nómina, ni que no se dio cumplimiento a los pagos acordados. Señaló que el demandante debe acreditar que en efecto su renuncia se produjo por la falta de pago de sus salarios y prestaciones. Formuló como excepciones las de «inexistencia de la obligación reclamada por el periodo 2013 a 2014», «excepción de inexistencia de la obligación pendiente de pago», «excepción de inexistencia de la terminación pos causa imputable al empleador», «excepción de prescripción de las obligaciones reclamadas» y «excepciones de indebida acumulación de pretensiones» (Exp. Digital: 01CuadernoFisico, págs. 177 a 183; 03SubsanacionDemanda).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 23 de septiembre de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de mayo de 2013 hasta el 01 de marzo de 2016, en consecuencia, condenó al demandado al pago de cesantías, sanción por no

consignación de las cesantías, prima de servicios y vacaciones. Igualmente, declaró probada la excepción de prescripción sobre los derechos laborales causados con anterioridad al 04 de agosto de 2014. Asimismo, condenó al demandado a pagar \$18.000.000 por concepto de indemnización moratoria, ordenó la indexación de la sanción por no consignación de las cesantías y de las vacaciones, absolvió de las demás pretensiones, más las costas procesales.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre el 21 de mayo de 2013 y el 01 de marzo de 2016, tal como lo prueba la historia laboral expedida por Colpensiones, documento que también da cuenta de que el accionante para el 2013 percibió la suma de \$589.000, para el 2014 de \$616.000 y desde agosto de 2014 su salario ascendió a \$750.000. Resaltó que el certificado de afiliación de Compensar demuestra que el demandado fungió como empleador del actor, aunado a que, en el contrato de trabajo se fijó un salario de \$822.000 incluido el auxilio de transporte. Señaló que es dable aplicar el fenómeno prescriptivo a todos los derechos laborales causados con anterioridad al 04 de agosto de 2014, por cuanto, la demanda fue instaurada el 04 de agosto de 2017. En ese orden, encontró que no se demostró que el salario del demandante era de \$1.000.000, por lo que no es dable ordenar el pago de los saldos pretendidos por aquel, en cambio, consideró que es procedente el pago de cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnización por no consignación de cesantías. De otro lado, arguyó que el demandante alegó la ocurrencia de un despido indirecto, por lo que debía demostrar que la terminación obedeció a una causa imputable al empleador, empero, aportó una renuncia que carece de recibo por parte del demandado, en consecuencia, no procede el pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST. Adujo que la sanción moratoria es impuesta al empleador, cuando al finalizar la relación laboral, no cancela al trabajador los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho, precisando que aquella fustigación lleva inmersa la presunción de mala fe por parte del demandado. En conclusión, halló procedente el pago de la sanción moratoria, por cuanto el demandado no le pagó al actor, las acreencias laborales y no evidenció buena fe de su parte. Finalmente, indicó que no hay lugar a la indexación sobre la indemnización moratoria, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la curadora ad litem del demandado, interpuso recurso de apelación contra la condena por la sanción moratoria, toda vez que no se acreditó la mala fe por parte del empleador, siendo ello un requisito para su imposición.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a la materia objeto de reproche por el demandado, establecer si hay lugar al pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, en primer lugar, no es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 21 de mayo de 2013 y el 01 de marzo de 2016, pues así lo declaró la primera instancia, sin que haya sido objeto del recurso de alzada, así como el salario devengado, y los valores allí liquidados, por lo que estas declaraciones se mantendrán incólumes en virtud del referido principio de consonancia.

La indemnización moratoria, consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, reformado por la Ley 789 de 2002, ordena que en caso que a la finalización del contrato de trabajo, el empleador que no haya cancelado salarios y prestaciones sociales, salvo los casos de retención autorizados por la ley, está obligado a pagar una indemnización, equivalente a un día de salario por cada día de mora, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y a partir del mes 24 si no ha presentado satisfacción de tales obligaciones, deberá intereses moratorios a la tasa más alta de crédito de libre inversión certificado por la Superintendencia Financiera.

Como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su

carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Bajo tal parámetro, es claro que el demandado no hizo ningún esfuerzo probatorio para justificar su actuación, en el sentido de no pagar a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones debidos al actor, pues ni siquiera compareció al proceso, pese a que el certificado de entrega de la citación para diligencia de notificación personal expedido por Interrapidísimo (Exp. Digital: 01CuadernoFisico, pág. 75) establece «*con lo anterior se confirma que el destinatario vive o labora en este lugar*», siendo claro que dicha notificación sí fue entregada en el lugar de notificaciones del demandante, pues aquel coincide con la dirección proporcionada por el demandado ante la Cámara de Comercio (Exp. Digital: 01CuadernoFisico, pág. 31 y 32).

Además, no se demostró el pago de las acreencias reclamadas por el demandante, ni se ofreció justificación alguna por el demandado, pues como se dijo, ni siquiera compareció al proceso. Por lo que se avizora que, tal proceder de ninguna manera permite ubicar su actuación en el escenario de la buena fe, en tanto aparece evidente la intención de lesionar los derechos laborales y sociales del aquí demandante, sin demostrar razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que lo exoneren de la sanción contemplada en el art. 65 del CST.

Finalmente, se debe recordar a la recurrente, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el artículo 65 del CST exige la demostración de conductas de buena fe del empleador para justificar que no haya cancelado los salarios y prestaciones debidas al momento de finalizar la relación laboral (CSJSL rad. 19824 del 2003). De ello, se colige que la carga de la prueba no está en cabeza del promotor del juicio, sino de la parte pasiva que debe allegar los medios probatorios que estime pertinentes para llevar al juez al convencimiento de que su actuar estuvo precedido de circunstancias atendibles y alejadas de la mala fe. Consecuente con lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

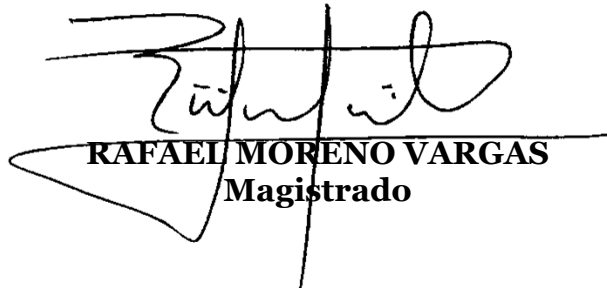
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por HORTENSIA CRUZ PERDOMO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP. Rad. 110013105-038-2019-00599-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 2º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **HORTENSIA CRUZ PERDOMO** pretende el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez compartida a partir del 01 de septiembre de 2008, el pago de la indexación sobre la reliquidación precedente, las costas procesales y las agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló haber nacido día 21 de octubre de 1952; que mediante Resolución 0589 de marzo 27 de 2003 el ISS PATRONO le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 28 de febrero de 2003, aplicando el 75% del IBL. Luego mediante Resolución 023077 de 2008 el ISS ASEGURADOR reconoce pensión de vejez a HORTENSIA CRUZ PERDOMO, a partir del 21 de octubre de 2007, aplicando el 90% del IBL, de acuerdo al Acuerdo 049 de 1990. Mencionó que fue servidora pública hasta el 31 de agosto de 2008; y en diversas oportunidades ha requerido a COLPENSIONES y a la UGPP, a fin de que se

reliquide su pensión de vejez compartida, dado que no se han tenido en cuenta la totalidad de las cotizaciones a pensiones y no se ha cancelado el mayor valor de la jubilación. Que cotizó a Colpensiones un total de 1411 semanas (Exp. Digital: «01CuadernoFisico». Págs. 27 a 32).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que a la actora mediante la Resolución 589 del 27 de marzo de 2003, el Instituto de Seguros Sociales ISS en calidad de empleador reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$1.704.541, efectiva a partir del 28 de febrero de 2003 y se contempló la compartibilidad de dicha pensión reconocida con la que pudiera ser reconocida por el Sistema General de Pensiones por el riesgo de vejez, momento desde el cual, a la UGPP asumiendo las obligaciones pensionales del ISS empleador, solo le correspondería pagar la diferencia que resultara de restar la pensión de jubilación con la pensión de vejez, o el mayor valor, siempre y cuando el monto pagado de la pensión de jubilación hubiera sido mayor al fijado como mesada de la pensión de vejez, lo que no ocurre en el presente asunto, pues el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 023077 del 27 de mayo de 2008, reconoció la pensión de vejez a favor de la señora Hortensia Cruz Perdomo en cuantía de \$2.013.766, efectiva a partir del 01 de octubre de 2007. Teniendo en cuenta lo anterior, el ISS Administradora de Pensiones, hoy Colpensiones mediante el acto administrativo de reconocimiento pensional no redujo la mesada pensional de la demandante, sino que por el contrario la aumentó, subrogándose la totalidad de la mesada de la pensión de jubilación a cargo del ISS empleador, sin que a la UGPP consecuentemente le quede obligación pendiente en favor de la actora. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «prescripción», «buena fe» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: «01CuadernoFisico». Págs. 86 a 90).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que «no existe obligación por parte de mi representada a reliquidar la pensión de vejez de la demandante de carácter compartida, ya que la Circular Interna No. 19 de 2015,

suscrita por las Vicepresidencias Jurídica y de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones realiza una modificación de los criterios básicos de reconocimiento en cuanto a las reglas para el giro del retroactivo de las pensiones compartidas..». Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo debido», «prescripción», «innominada», «buena fe» y «petición antes de tiempo» (Exp. Digital: «01CuadernoFisico». Págs. 144 a 150).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 13 de septiembre de 2021, negó las pretensiones incoadas y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en síntesis, que al verificar el reporte de semanas cotizadas actualizado al 12 de julio de 2019, se colegía que la actora continuó cotizando después de la fecha de efectividad del derecho, es decir, con posterioridad al 21 de octubre del 2007 y hasta el 31 de agosto del 2008, precisando con relación a la posibilidad de tener como válidos los aportes realizados con posterioridad al disfrute de la pensión para efectos de una reliquidación pensional, que en los términos del artículo 13 del acuerdo 049 de 1990 y lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia se ha diferenciado claramente la acusación y el disfrute de la pensión de vejez de manera que en el primer caso la causación se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos por la ley para acceder a ella y en el segundo que supone el cumplimiento del primer, se da cuando se solicita cumplimiento de la pensión a la entidad de seguridad social previa desafiliación del régimen. Señalando así, que en el presente caso la demandante acreditó el requisito de edad el 21 de octubre de 2007 cuando cumplió los 55 años de edad a más de tener las semanas exigidas para el efecto, siendo el 18 de marzo del 2008 cuando solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez por lo que se colegía que, en el caso particular, convergieron las dos situaciones ya que a la fecha del disfrute, la pensión de vejez es equivalente al momento de la causación, esto es 21 de octubre del 2007. Recordó al respecto, que la desafiliación formal del sistema constituye en un hecho relevante para proceder con el disfrute de la pensión, sin embargo, la desafiliación tácita puede advertirse a través de diferentes actos ejecutados por el afiliado tal como la cesación de cotizaciones o la solicitud de reconocimiento pensional. Además, cuando se trata de una pensión concedida en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en principio su disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema a pesar de lo cual, el cumplimiento de los requisitos no supone una desvinculación automática. En se sentido, estimó que para el asunto que nos ocupa, el antiguo ISS,

estimó que el cumplimiento de la edad definida el momento del disfrute de la pensión pues fue a partir de allí donde se concedió el derecho. Explicó que en el análisis de situaciones similares donde se reclame el reajuste pensional a efectos de tener en cuenta semanas cotizadas con posterioridad a la efectividad de la pensión, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la improcedencia de esta pretensión bajo la tesis de que no es posible disfrutar el derecho y al mismo tiempo efectuar cotizaciones, anotando que aunque la solicitud de pensión fue radicada el 18 de marzo del 2008, fecha que no ha sido discutida dentro del proceso, la entidad concedió el disfrute y por ende un retroactivo desde el 21 de octubre del 2007 cuando aún no se había reportado una novedad de retiro lo que confirmaba la imposibilidad de validar posteriores cotizaciones pues el pago de mesadas se ejecutó mucho antes de haberse efectuado la última cotización, por lo tanto, atendiendo los postulados jurisprudenciales sobre la expresión «disfrute de la pensión» y la fecha en que efectivamente la entidad reconoció el derecho a la demandante, no hay lugar a condenar a la reliquidación pensional como quiera que las cotizaciones efectuadas en calidad de pensionada, no pueden ser tenidas en cuenta para mejorar el derecho prestacional.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, considerando para tal efecto que no está de acuerdo con la interpretación dada por el Juzgado con base al criterio respecto al disfrute y causación del derecho, pues se debía destacar que la novedad de retiro es del actuar del empleador y si bien no se desconocía la fecha de solicitud por parte de la actora, no se podía desconocer que el patrono siguió cotizando hasta el año 2008, siendo esto una situación más favorable, debiéndose dar aplicación al principio de favorabilidad y la interpretación dada en la sentencia resulta desfavorable a la demandante; de igual modo, afirma que le es más favorable liquidar la pensión conforme a los últimos 10 años en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993. De esta manera solicitó que se revalúe la interpretación de la a quo para así obtener una pensión más favorable.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos solicitando la absolución de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora, guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede la reliquidación de la pensión de vejez de la que hoy goza la demandante, en lo atinente a la forma de liquidación del IBL, verificando para tal efecto si es dable tener en cuenta los aportes realizados con posterioridad a la fecha en que adquirió la edad para alcanzar la pensión legal de vejez.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario y no es objeto de debate que a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Instituto de Seguros Sociales en su calidad de empleador, mediante resolución 0589 del 27 de marzo de 2003, en cuantía de \$1.704.541 efectiva a partir del 28 de febrero de 2003 (Exp. Digital: «2013_753729_GRP-AAD-IR». Págs. 2 a 5), allí se determinó el carácter de compartida de la prestación y que se pagaría hasta que el Sistema General de Pensiones del ISS le reconociera la pensión de vejez, momento a partir del cual el ISS patrono solamente pagaría la diferencia correspondiente, además el retroactivo que resultare sería del ISS patrono.

Posteriormente, a través de Resolución No.023077 del 27 de mayo de 2008, el Instituto de Seguros Sociales-ISS, le reconoció pensión de vejez a partir del 21 de octubre de 2007, en cuantía de \$2.013.776, conforme a lo que dispone el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, la cual se basó en 1.379 semanas cotizadas y se aplicó una tasa de remplazo del 90%. Decisión que fue confirmada por las Resoluciones GNR 129736 de 14 de junio de 2013, GNR 418755 de 05 de diciembre de 2014, ante las solicitudes de reliquidación presentadas por la actora y las nuevas que presentó fueron denegadas mediante Resoluciones GNR 199370 de 03 de julio de 2015, GNR 48601 del 15 de febrero de 2016, VPB 10333 del 02 de marzo de 2016, GNR 190428 del 28 de junio de 2016, SUB 105249 de 22 de junio de 2017, SUB216408 del 04 de octubre de 2017, SUB213222 del 08 de agosto de 2019 y DPE 9205 del 05 de septiembre de 2019 (*02ExpedienteDigital*).

Así las cosas, se procede al estudio puntual de los reparos propuestos en la alzada por la parte demandante respecto del reajuste pensional, teniendo cuenta para calcular la prestación, las semanas cotizadas con posterioridad al reconocimiento de la misma, frente a lo cual debe decirse que en principio el cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento pensional, no supone una desafiliación automática del sistema. Ello es así porque el retiro efectivo del sistema es una condición necesaria

para el disfrute de la pensión, formalidad que no puede deducirse de la simple cesación en el pago de los aportes, más aún si, como se dijo en la sentencia CSJ SL 15091-2015, al margen de que un trabajador consolide el derecho a la pensión de vejez en determinado momento, mantiene la posibilidad de seguir afiliado y continuar cotizando, evento en el cual esos aportes adicionales tendrán como propósito incrementar el monto pensional, cuya cuantía quedaba determinada en el momento de dicha causación. No obstante, lo anterior, se han admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a otorgar la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, el Alto Tribunal ha estimado, por regla general, que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (Al respecto se puede consultar entre otras muchas, la CSJ SL8294-2017).

De igual manera, se ha considerado que cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues, en esos casos, por excepción, la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605, SL4611-2015 y SL5603-2016). Precisándose que en cada caso le corresponde al juzgador analizar si se presentan condiciones especiales que rodeen el disfrute del derecho pensional, a fin de determinar si el asunto se debe resolverse conforme a la regla general, o si amerita un análisis especial, circunstancias que, naturalmente, deben aparecer demostradas en el proceso.

En el *sub lite*, se evidencia que al momento de cumplir la edad de 55 años exigida por el Acuerdo 049 de 1990 para adquirir el derecho pensional, la actora venía disfrutando de la pensión de jubilación por parte de su empleador, específicamente desde el 28 de febrero de 2003, fecha que coincide desde luego con su desvinculación de la entidad, tal y como lo refleja la Resolución 00589 de 2003. También se advierte de la historia laboral, que el ISS – Empleador continuó cotizando a los riesgos de IVM sin solución de continuidad y con posterioridad a la desvinculación laboral de la demandante hasta el 31 de agosto de 2008, esto es, dos meses después de haberse causado la prestación por vejez, de ahí que se concluya sin mayor esfuerzo mental que tales cotizaciones adicionales no obedecen a la fuerza de trabajo de la demandante, de modo que no obedecían en ningún momento al propósito de incrementar el monto pensional, máxime, cuando la actora, además de que, para el 21 de octubre de 2007 acumulaba más de 1250 semanas de cotización suficientes para configurar el derecho pensional, también procedió a solicitarlo el 18 de marzo de 2008, con lo cual es claro,

por un lado, que la actora no sufragó su fuerza de trabajo para incrementar el valor de su pensión y por otro optó por solicitar la prestación con anterioridad a la fecha en que se continuaron efectuando cotizaciones (agosto de 2008), de modo pues, que no hay lugar tenerlos en cuenta para los efectos pensionales aquí perseguidos.

Ahora bien, en lo que refiere a la reliquidación respecto al IBL, advierte la Sala que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1° de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1° de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas².

En ese orden de ideas acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, se tiene que la demandante cumplió la edad de los 55 años de edad, el 21 de octubre de 2007, pues nació el mismo día y mes del año 1952, fecha que permite colegir que la causación del derecho se generó faltándole más de 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en su caso, al 1° de abril de 1994, situación que traduce en que sea procedente la liquidación del IBL en los términos que se solicitan en la alzada, esto es, conforme al promedio salarial devengado en los últimos 10 años de cotizaciones, contados desde la fecha en que alcanzó la edad para pensionarse.

Dicho cálculo, debe realizarse según la fórmula establecida por la Sala de Casación Laboral, a partir de la sentencia CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020, por razones:

$$VA = VH \times \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$

De donde:

¹ Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.

² Sentencia 40552 del 1° de marzo de 2011.

VA = IBL o valor actualizado

VH = Ingreso base de cotización

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Así, el IPC a tener en cuenta para la actualización del IBL, tanto el inicial como el final, es el correspondiente a la última anualidad para cada ingreso base de cotización, criterio éste que se ha utilizado de manera uniforme en la jurisdicción ordinaria laboral para determinar el valor del IBL de las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición.

En consecuencia, en aras de determinar si los cálculos efectuados por COLPENSIONES resultan correctos o no, se procedió a efectuar la liquidación de IBL debidamente actualizado con base en los IPC certificados por el DANE, es decir, conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia laboral para realizar la actualización de la base salarial, así:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1997	99	26,520	61,33	2,313	\$897.181,82	\$2.074.817,53	\$ 6.846.897,85
1998	360	31,210	61,33	1,965	\$1.139.916,67	\$ 2.240.022,08	\$ 26.880.264,98
1999	360	36,420	61,33	1,684	\$1.363.583,33	\$ 2.296.226,41	\$ 27.554.716,91
2000	360	39,790	61,33	1,541	\$1.313.583,33	\$ 2.024.681,22	\$ 24.296.174,67
2001	360	43,270	61,33	1,417	\$1.655.583,33	\$ 2.346.589,46	\$ 28.159.073,49
2002	360	46,580	61,33	1,317	\$1.985.000,00	\$ 2.613.569,13	\$ 31.362.829,54
2003	330	49,830	61,33	1,231	\$1.758.000,00	\$ 2.163.719,45	\$ 23.800.913,91
2004	360	53,070	61,33	1,156	\$1.815.000,00	\$ 2.097.492,93	\$ 25.169.915,21
2005	360	55,990	61,33	1,095	\$1.915.000,00	\$ 2.097.641,54	\$ 25.171.698,52
2006	360	58,700	61,33	1,045	\$2.008.000,00	\$ 2.097.966,61	\$ 25.175.599,32
2007	291	61,330	61,33	1,000	\$2.098.000,00	\$ 2.098.000,00	\$ 20.350.600,00
Total, días	3600	Total devengado actualizado a:				2007	\$ 264.768.684,39
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.206.405,70
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 1.985.765,13
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2007					\$ 433.700,00

En tal sentido, el cálculo arrojó un IBL más favorable teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de su vida laboral de \$2.206.405,70, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 90%, arrojando una mesada pensional de \$ 1.985.765,13 para el año 2007, la cual resulta inferior a la calculada por COLPENSIONES en su oportunidad, que no da lugar a la reliquidación invocada y

por tanto no se accederá al reajuste deprecado, máxime cuando la mesada resultó superior a la concedida por el empleador.

En tal sentido, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

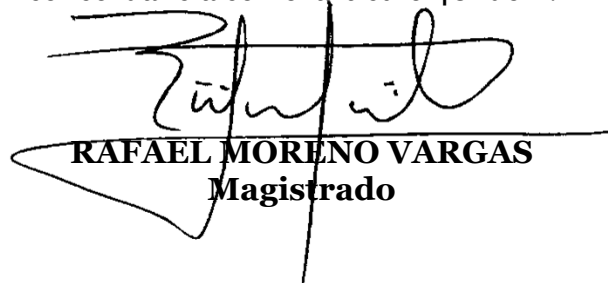
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

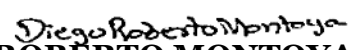
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de VIVIANA DE LOS ANGELES
BEDOYA RODRIGUEZ contra CENCOSUD COLOMBIA S.A. Rad.
110013105-039-2020-00075-01.**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver sendos recursos de apelación interpuestos, contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **VIVIANA DE LOS ANGELES BEDOYA RODRIGUEZ**, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria, a fin de que se ordene a CENCOSUD COLOMBIA S.A. reconocer y pagar los recargos de la labor realizada en los días dominicales y festivos, reajustando su salario. En consecuencia, se ordene a la accionada realizar el reajuste de las cesantías, prima de servicios e intereses a las cesantías por todo el tiempo de duración de la relación laboral. Igualmente, se ordene a la demandada a reajustar los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, junto con el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST. Finalmente se condene al pago de todo lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició a laborar para CENCOSUD COLOMBIA S.A. desde el 01 de junio de 2016, mediante un contrato de trabajo a término fijo, el cual fue modificado a término indefinido, a través de un otrosí suscrito el 01 de septiembre de 2016. Explicó que desempeñó el cargo de

Auxiliar Metro Express, devengando un salario mensual era de \$745.100 y laborando los domingos de forma habitual entre el 2016 y el 2017, no obstante, la demandada pagaba deficitariamente el recargo por día dominical y festivo laborado. Aseveró que la accionada le liquidó y le pagó las prestaciones sociales sin tener en cuenta su salario real, es decir, sin incluir el trabajo dominical y festivo. Adujo que fue desvinculada laboralmente el día 06 de octubre de 2017, momento en el que la accionada efectuó la liquidación de sus acreencias laborales tomando como base salarial un valor inferior al que le correspondía (Exp. Digital: 02MemorialSubsanacionDemanda).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que siempre pagó a la demandante todas las acreencias laborales que le correspondían, incluidos los recargos dominicales y festivos, conforme con lo pactado en el contrato de trabajo y en lo convenido sobre la flexibilización de la jornada de trabajo. Arguyó que al haber pagado el trabajo dominical a la actora, no procede el reajuste de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social, ni el pago de la indemnización moratoria. Adujo que es necesario verificar la aplicación del fenómeno prescriptivo laboral. Propuso como excepción la de «prescripción» (Exp. Digital: 02ContestacionDemanda).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 11 de agosto de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes a término indefinido. Igualmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó a la accionada a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$1.151.672 correspondiente a los domingos y festivos laborados. Así mismo, condenó a la accionada al reconocimiento y pago del reajuste de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, más los intereses moratorios desde el 07 de octubre de 2017. Finalmente, condenó a la demandada al pago de la diferencia de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones desde el 01 de junio de 2016, los cuales deberán ser transferidos a la AFP en la que se encuentra afiliada la demandante.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es necesario probar de manera suficiente el trabajo suplementario, de forma que sea posible determinar de forma exacta los días

y horarios en los que se ejecutó. Manifestó que en el contrato de trabajo suscrito por las partes se pactó que la demandante se obligaba a prestar sus servicios en los horarios fijados por la accionada, precisando que la jornada máxima de 48 horas semanales podía ser distribuida en jornadas flexibles, de mínimo 4 horas diarias y máximo 10 horas al día, sin lugar al pago de recargos por trabajo suplementario. Adujo que la accionada allegó el planning y el marcaje de trabajo de la demandante, dentro de los cuales aparecen los días laborados, las horas trabajadas, los descansos obligatorios y los compensatorios, concluyendo que la actora laboró de forma habitual en días dominicales y festivos, pues mensualmente trabajó más de dos (2) jornadas de trabajo suplementario. En ese orden estableció que le corresponde el pago de un recargo del 75% sobre el salario ordinario en proporcional a las horas laboradas, no obstante, encontró que la actora disfrutó de los descansos compensatorios, por lo que no hay lugar a su pago. Arguyó que la accionante de lunes a sábado prestó sus servicios ocho horas diarias, mientras que los domingos, la jornada fue de 7.50 horas, desvirtuando la reglamentación pactada en el contrato de trabajo sobre el horario flexible, pues no varió. Aseveró que la relación laboral finalizó el 06 de octubre de 2017, por lo que la prescripción fue interrumpida con la presentación de la demanda, el día 11 de febrero de 2020, de tal suerte que se encuentran prescritos los derechos adquiridos antes del 11 de febrero de 2017, a excepción de las cesantías y los aportes a pensión. Manifestó que la accionada liquidó las prestaciones sociales de la demandante sobre un salario inferior al que le correspondía, pues no tuvo en cuenta la totalidad de domingos y festivos laborados, en consecuencia, concluyó que la demandada actuó de mala fe. Señaló que la accionante devengaba más de un salario mínimo legal mensual vigente y que al no haber sido formulada la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la finalización de la relación laboral, sólo procede el pago de los intereses moratorios desde el 07 de octubre de 2017. Aclaró que el empleador pagó los aportes a seguridad social en pensión sobre un salario inferior al que realmente correspondía, de tal forma que debe efectuar el pago de los mismos de acuerdo al salario re liquidado. Finalmente, consideró que no es posible estudiar la procedencia de la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no fue solicitada en el escrito de demanda, aclarando que analizarla bajo las facultades ultra y extra petita sería violar el proceso de la accionada.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la accionante presentó recurso de apelación parcial, arguyendo que no se demostró que se hayan pagado los descansos compensatorios de que trata la ley, pues según el planning sólo se concedieron algunos días, por lo que se debe ordenar el pago de los días de descanso compensatorio. También manifestó su

inconformidad con el salario base utilizado para realizar la reliquidación de las prestaciones sociales, pues no se tuvieron en cuenta las horas extra nocturnas y diurnas laboradas por la demandante. Señaló que la A quo omitió hacer uso de las facultades ultra y extra petita para conceder la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aun cuando la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha reiterado que el juez está obligado a usar dichas facultades cuando se afectan mínimos irrenunciables. Aseveró que la demanda inicial que fue inadmitida pretendía el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que ni siquiera es necesario hacer uso de las facultades ultra y extra petita para conceder su pago, máxime cuando el 13 de febrero de 2017 se consignó el valor de las cesantías de una manera deficitaria, por no haber tenido en cuenta la verdadera base salarial de la actora. Resaltó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que no hay buena fe del empleador cuando no tiene en cuenta todos los valores salariales para el pago de acreencias laborales, de tal suerte que procede el pago de la aludida sanción, la cual deberá ser pagada desde el 15 de febrero hasta el 06 de octubre de 2017. Finalmente, argumentó que procede el reajuste de las vacaciones pagadas, toda vez que si fueron pagadas en dinero debe tenerse en cuenta la base salarial promedio con todo lo que constituya salario.

El apoderado judicial de la accionada, presentó recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, argumentando que, en las cláusulas segunda, quinta y décimo primera del contrato de trabajo, las partes establecieron la jornada laboral flexible, en virtud de la facultad contenida en los artículos 26 y 51 de la Ley 789 de 2002. Señaló que la A quo no tuvo en cuenta el pago de los dominicales y festivos realizados a la actora, de modo que incurrió en un error al liquidar la suma de \$1.151.672 a favor de aquella, pues demostró que no adeuda nada a la parte demandante, contrario sensu, cumplió con sus obligaciones y actuó conforme con el acuerdo de jornada de flexibilización. En ese orden, argumentó que no procede el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, intereses de mora y aportes a seguridad social. Precisó que no hay lugar al pago de los intereses moratorios, toda vez que se explicó que de acuerdo al contrato de trabajo se establecieron unos lineamientos especiales para regular la jornada de trabajo. Indicó que pese a que la demandante trabajó días dominicales y festivos, lo cierto es que no puede construirse una decisión sancionatoria manifestando que la buena fe desapareció por no haber justificado su conducta, dado que brindó los elementos de juicio suficientes para dilucidar porque actuó así. Mencionó que de manera subsidiaria y de acuerdo a la excepción de compensación, se debe ordenar el pago de la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social de forma compartida con

la demandante, atendiendo a las proporciones establecidas en la ley, puesto que la sanción contenida en la Ley 100 de 1993 sólo aplica para los empleadores omisos, esto es, aquellos que no afilian, ni cotizan los aportes de sus trabajadores, circunstancia en la que no incurrió la accionada. Explicó que afilió a la demandante al sistema de seguridad social y pagó los aportes, teniendo en cuenta, el salario, incluidas las horas extras diurnas y nocturnas, así como las dominicales, las cuales fueron pagadas, tal como se demostró con los comprobantes de nómina.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado de la accionada presentó alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Por su parte, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos, solicitando se revoque parcialmente la sentencia apelada.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, en virtud de las materias objeto del recurso de apelación interpuesto, corresponde a esta Corporación, establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos, compensatorios y al reajuste de vacaciones. Finalmente, estudiar si hay lugar al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST y la indemnización por no consignación de cesantías.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2016 y el 06 de octubre de 2017 según se desprende de la copia del contrato de trabajo y su otro sí, del certificado laboral y de la comunicación de terminación del vínculo laboral (Exp. Digital: «01ExpedienteDigitalFolios1a300.pdf» págs. 66 a 73), lo cual da cuenta que la actora fue contratada inicialmente bajo la modalidad de contratación a término fijo y a partir del 1° de septiembre de 2016 a término indefinido; de igual manera se encuentra fuera de discusión el salario básico pactado am la terminación del contrato por \$745.100, aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

TRABAJO SUPLEMENTARIO, DOMINICALES, FESTIVOS Y COMPENSATORIOS

Primeramente, debe la Sala aclarar lo atinente a la Jornada Laboral, y proseguir con el concepto de Descansos Compensados.

Pues bien, en nuestra legislación se contempla que la Jornada de Trabajo es la que convengan las partes y a falta de ella la máxima legal. Está permitido estipular la duración de la jornada de trabajo, en cuanto al número de días que hay que laborar a la semana y las horas que se deban trabajar cada día, teniendo como limite la jornada máxima legal.

La duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas al día y de 48 a la semana salvo las jornadas especiales de 6 horas diarias y 36 semanales. Teniendo claro los anteriores conceptos, es importante señalar que es obligatorio conceder al trabajador descanso remunerado en domingo, siempre y cuando el trabajador haya laborado todos los días hábiles de la semana a los cuales se comprometió, o que si ha faltado lo haya hecho por causa justificada, entendiéndose por tal el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor o el caso fortuito, o por culpa o disposición del empleador.

Ahora, conforme a lo estipulado en el artículo 179 de CST, el trabajo dominical puede ser ocasional o habitual, entendiéndose por el primero cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario, y por el segundo cuando labora tres o más domingos durante el mes calendario. El trabajo en domingo y festivos ocasional, se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas; mientras que el trabajo habitual en domingo o festivo se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas y con un día de descanso compensatorio remunerado en la semana siguiente, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa (art. 181 del CST).

A su turno, debe indicarse que el artículo 172 y s.s. del C.S.T. establece que todos los empleadores están en la obligación de otorgar a sus trabajadores un descanso dominical remunerado, que debe tener una duración mínima de 24 horas, pero se admite que ese día se labore, otorgando un descanso compensatorio remunerado y determina la manera en que debe ser reconocido, esto es con un recargo equivalente al 75% sobre el salario ordinario.

En este punto es necesario diferenciar el concepto de recargo por trabajo dominical y festivo, con el ítem de descanso compensatorio remunerado, pues el primero implica el pago de una suma porcentual adicional al salario ordinario por haber laborado en esos días, tal y como lo establece el artículo 179 del CST; mientras que el segundo representa una simple facultad de descanso o inactividad para el trabajador durante periodos en los que normalmente tendría que ejercer sus labores, sin que se afecte su remuneración mensual, esto con «*la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso*» y de evitar «*la explotación de los trabajadores*» (CSJ SL, 11 dic. 1997, rad.10079), mas no trae consigo una retribución adicional a la que regularmente se recibe por la prestación de los servicios.

Para mayor claridad, conviene traer a colación lo que señaló el Alto Tribunal en la mencionada sentencia CSJ SL, 11 dic. 1997, rad. 10079, reiterada en las providencias CSJ SL, 4 feb. 1998, rad. 10297, CSL SL, 10 dic. 1998, rad. 10921 y recientemente en la CSJ SL3567-2019 donde se explicó lo siguiente:

«Aclarado lo atinente a la retribución por trabajo en dominicales para trabajadores oficiales, es la oportunidad para precisar lo pertinente para el sector privado, a lo cual se procede:

En el sistema legal de descansos para el trabajador, el dominical ocupa de vieja data un puesto destacado, con fundamentos de diferente índole, ya fisiológicos (porque el organismo requiere de descanso) ora religiosos (dentro de la concepción cristiana). Habida cuenta de la trascendencia del tema, inicialmente se expidieron las leyes 57 de 1926, 72 de 1931 y el decreto 1278 de 1931, que consagraron la obligación del descanso de un día después de seis de trabajo, para todo empleado u obrero, se tomaron en cuenta las situaciones excepcionales y se reguló la retribución al trabajo en día de descanso con criterio de “indemnización en dinero”. Más tarde, la Ley 23 de 1967 ratificó el Convenio 106 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo.

Los artículos 172 a 185 del Código Sustantivo del Trabajo regularon la materia. Estos textos básicos han sufrido dos reformas a través de los artículos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965 y 29 a 31 de la Ley 50 de 1990.

La normatividad en cita otorga diferente tratamiento remunerativo al trabajo en los días de descanso dominical y festivo, según se trate de situaciones habituales o “excepcionales”. En efecto, con arreglo al artículo 12 del Decreto 2351 de 1965, el trabajo excepcional en domingo debe remunerarse con un recargo del ciento por ciento (100%) [hoy 75%] sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

Significa lo anterior, con base en esa preceptiva, en armonía con el artículo 180 del C.S.T. que si un trabajador particular, con modalidad de sueldo mensual, opta por el pago del recargo en dinero por haber trabajado toda la jornada laboral esporádicamente un domingo, tiene derecho al pago doble de ese día en relación con su salario ordinario, sin perjuicio de la remuneración del descanso, la cual se entiende incluida en su respectivo sueldo mensual. Así, por ejemplo, un trabajador que elija el pago del recargo en dinero y tenga un sueldo mensual de \$300.000.00 (si trabaja un domingo el mismo número de

horas de la jornada ordinaria diaria de los otros días de la semana) tiene derecho a \$20.000.00 por el trabajo en ese domingo, sin perjuicio de los \$10.000.00 del descanso remunerado por haber laborado la semana, los que no deben pagarse adicionalmente porque están incluidos en el sueldo.

En cambio, de conformidad con el artículo 13 ibídem, un trabajador particular que labore habitualmente en día domingo tiene derecho tanto a un descanso compensatorio remunerado como al recargo en dinero atrás mencionado.

[...]

Todo lo expuesto, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 182 declarado parcialmente inconstitucional y 184 del C.S.T. y 28 de la Ley 50 de 1990 que regulan situaciones especiales. De otra parte, los artículos 29 a 31 de la misma ley al modificar los artículos 179 a 181 del código eliminaron el beneficio del recargo en dinero por trabajo en domingo para los trabajadores particulares que hayan acordado con sus empleadores laborar en turnos de trabajo sucesivos hasta de seis horas al día y 36 a la semana, en los términos del literal c) del artículo 20 de esa ley, pues en tales casos, el único derecho que les asiste por trabajo excepcional o habitual en domingo, es el descanso compensatorio remunerado. (subraya la Sala)»

En ese sentido se aclaró en la última de las decisiones (CSJ SL3567-2019) que «si un trabajador labora ocasionalmente un domingo o festivo de descanso obligatorio y escoge disfrutar del descanso posteriormente, se entiende satisfecho su derecho al descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración correspondiente, toda vez que ésta se encuentra incluida en el salario ordinario. Asimismo, si opta por no disfrutar del descanso, es decir, por no tener un día de inactividad, sino por recibir, en cambio, el recargo del 75% por su labor durante el domingo o festivo, el cual, como ya se vio, es adicional a su salario ordinario, también se entiende otorgado su derecho al descanso compensatorio. Lo mismo sucede, con mayor razón, frente al trabajador que labora habitualmente los días de descanso obligatorio, pues recuérdese que él es beneficiario de ambas prerrogativas».

Ahora bien, para el reconocimiento de los días laborados en dominicales y días feriados, es necesario acreditar de manera clara y precisa el número de días y horas laborados, para así obtener su reconocimiento judicial, así lo ha definido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, entre otras muchas decisiones, ha indicado:

«Para resolver el cargo cabe recordar que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo (sentencias de 4 de septiembre de 1948, 2 de marzo de 1949, 14 de junio de 1956, 20 de septiembre de 1979 y 6 de septiembre de 1991, entre otras), la jurisprudencia ha sido constante en manifestar que “el descanso en los domingos constituye un derecho de los trabajadores y que cuando se controvierta en juicio ese derecho, el trabajador que reclama el pago de los mismos está en la obligación ineludible de probar que los ha trabajado” (sentencia de casación de 11 de diciembre de 1997, Radicación 10.079), por manera que, a los juzgadores de instancia compete ser rigurosos en el análisis probatorio que permita establecer la ocurrencia de la labor en tales días, y por simples conjeturas o sospechas no es posible arribar a la conclusión de su existencia. No es que con ello se imponga una especie de tarifa judicial de

prueba, o que se formalice su acreditación; no, simplemente, es que por ser el trabajo dominical de carácter excepcional el juzgador no puede suponerlo»¹

En lo que refiere a la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por el Alto Tribunal ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena².

Así las cosas, descendiendo al caso de autos con los comprobantes de pago, los archivos denominados «04Planning» y «03Marcajes», se evidencia con claridad que la actora laboró de manera habitual los domingos en casi la totalidad de los meses de la relación laboral, tal y como lo decantó la juez a quo, así:

AÑO	MES	Dominicales y festivos laborados en el mes
2.016	JUNIO	3
	JULIO	6
	AGOSTO	4
	SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	6
	NOVIEMBRE	6
	DICIEMBRE	4
2.017	ENERO	4
	FEBRERO	4
	MARZO	3
	ABRIL	5
	MAYO	3
	JUNIO	3
	JULIO	5
	AGOSTO	6
	SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	1

En ese sentido, en esos meses en los que se laboró de forma habitual los días domingo del mes, la actora tenía derecho a un descanso compensatorio remunerado por cada dominical laborado, además del pago del recargo de que trata el numeral 1º del artículo 179, es decir, del 75% del salario ordinario en proporción a las horas laboradas. Lo anterior implica el disponer a favor de la trabajadora el pago

¹ Sentencia 31329 del 5 de febrero de 2008.
² CSJ SL6738-2016

correspondiente del 1.75% que comprende el salario ordinario, con el recargo por la labor en día dominical, más el disfrute de un día de descanso remunerado compensatorio.

De las pruebas antes reseñadas, se evidencia que la demandante por dicha labor disfrutaba un día compensatorio entre semana como da cuenta la programación (*planning*) de turno allegada y la marcación de los mismos (*marcaje*). En atención a lo anterior, teniendo en cuenta las normas antes transcritas, a la entidad demandada correspondía retribuir el trabajo en día dominical y festivo con el equivalente al 1.75%. Así, al revisar los comprobantes de pago allegados al proceso (archivos: «09DesprendiblesPago» y «01ExpedienteDigitalFolios1a300»), observa la Sala que el trabajo dominical y festivo laborado por la trabajadora demandante, si bien se le remuneraba, no se hizo en su totalidad conforme al tiempo laborado, por ejemplo, se verifica en los meses de septiembre y octubre de 2017 que están causadas varias horas dominicales y no se encuentran pagadas totalmente. De modo que verificadas las operaciones aritméticas las realizadas en primer grado para determinar si el valor de éste se remuneró adecuadamente, estima la Sala que se encuentran debidamente realizadas dado que se tienen en cuenta todas y cada una de las horas dominicales a las que tenía derecho la actora, contrastándose con los valores reconocidos pero no resultan equivalentes a la remuneración legal ordenada en las normas antes transcritas, precisándose que en esa liquidación sí se tuvo en cuenta lo pagado por la accionada recurrente y por supuesto fue descontado, de modo que el valor calculado como diferencias por concepto de diferencias teniendo en cuenta el término de prescripción definido en primer grado y no discutido en esta instancia, equivale a la suma de \$1.151.672:

Año	MES	dominicales y festivos laborados en el mes	Horas dominicales y festivos trabajados en el mes	Valor día Ordinario (sobre \$745.100)	Valor Hora ordinaria	Valor hora dominical y festivo (1.75)	Valor horas Dominicales y festivos laborados en el mes	Dominicales y festivos pagados	Diferencia entre lo liquidado por el Despacho y lo pagado por el empleador
2017	Febrero	4	30	24.591	3.074	5.379	161.376	-	161.376
	Marzo	3	22,5	24.714	3.089	5.406	121.637	-	121.637
	Abril	5	37,5	24.837	3.105	5.433	203.738	19.025	184.713
	Mayo	3	22,5	24.837	3.105	5.433	122.243	75.147	47.096
	Junio	3	22,5	24.837	3.105	5.433	122.243	-	122.243
	Julio	5	37,5	24.837	3.105	5.433	203.738	18.620	185.118
	Agosto	6	45	24.837	3.105	5.433	244.486	18.620	225.866
	Septiembre	2	15	24.837	3.105	5.433	81.495	18.620	62.875
	Octubre	1	7,5	24.837	3.105	5.433	40.748	-	40.748
DIFERENCIA									\$1.151.672

En tal medida, no le asiste razón a la recurrente por pasiva en este puntualísimo aspecto, de modo que se confirmará lo decidido sobre el particular esta decisión de primer grado y sin que haya lugar, incluso, a modificar la base salarial con base en

los argumentos y pedimentos expuestos por la parte accionante en la alzada, pues los emolumentos allí solicitados como los compensatorios y horas extras, tanto diurnas como nocturnas, no fueron objeto de pretensión en la demanda, allí sólo se pidió expresamente *«el reconocimiento y pago de los recargos propios de la labor realizada durante los días dominicales y festivos, para reajuste del salario de la demandante»* y como consecuencia de ello, el reajuste de las cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, aportes a pensión y salud, más la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, sin que aquellos hayan sido objeto de debate, incluido lo relativo al reajuste de las vacaciones que también solicita en la alzada, pues incluso de la fijación del litigio tal como quedó consignado en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS y se registró en la respectiva acta de audiencia, se contrajo a *«establecer si la demandante tiene derecho o no a que se le cancelen recargos dominicales y festivos, en caso positivo, las consecuencias en el salario y la reliquidación de este y las prestaciones sociales y pagos al sistema de seguridad social en salud y pensión. Verificar si la actora tiene derecho al pago de la sanción establecida en el artículo 65 del CST»*, sin que la parte actora haya mostrado inconformidad alguna, todo lo contrario, expresó estar de acuerdo con tal fijación, de modo que el debate probatorio estuvo encaminado a ello y la sentencia se profirió en esos precisos términos.

Con lo anterior sería suficiente para descartar las peticiones esbozadas en la alzada por el extremo activo del presente proceso, incluida la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin que haya lugar a dar aplicación a las facultades ultra y extra petita, como lo sugiere el recurrente, a quien se le recuerda que las mismas tienen su génesis legal, en el artículo 50 del Código Sustantivo de Trabajo CST, el cual dispone que el Juez Laboral de Primera Instancia puede reconocer y ordenar al empleador demandado el pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones, que no hayan sido incluidos dentro del petitum de la demanda por parte del trabajador promotor del litigio, condicionando ésta potestad judicial a que los hechos que originan dichos derechos hayan sido discutidos y probados en el juicio laboral; y dicha facultad, también, podrá consistir en que las sumas de dinero que hayan sido deprecadas en la demanda, sean fustigadas en un mayor valor en las condenas que imponga el Juzgador, cuando con arreglo a la Ley, lo pedido por el trabajador sea inferior a lo que tiene derecho, y desde luego, siempre y cuando los rubros laborales no hayan sido pagados.

Este supuesto normativo, es lo que ha sido conocido por la comunidad jurídica como fallos ultra y extra petita; en este contexto, para desentrañar el sentido y alcance de la anterior disposición, es menester precisar cuándo se está haciendo uso

de la facultad extra petita y cuando de la ultra petita. Así pues, se dice que el Juez hace uso de la facultad extra petita, cuando falla por fuera de lo pedido, es decir, un derecho que no fue solicitado por el precursor judicial, y se trata de un fallo ultra petita, cuando no obstante ir en consonancia con lo pedido este se reconoce en una cuantía superior, razón por la cual, puede decirse que estas facultades son una excepción al principio de congruencia estatuido en el artículo 281 del CGP, y en esa medida el principio de congruencia en la legislación procedimental laboral no es absoluto.

Debe tenerse en cuenta, que en todo caso la facultad extra y ultra petita, no puede vulnerar el derecho de defensa y debido proceso de la parte a quien desfavorece, que en principio no es otro que el empleador demandado, y es por eso, que el legislador ha condicionado su procedencia a que los hechos en que se fundamenta el reconocimiento del derecho no pedido, previamente tuvieron que haber sido debatidos dentro del proceso, y además, se encuentren debidamente probados, para de esta forma la parte demandada pueda controvertirlos, y en esa medida no se trata de hechos desconocidos para quien le desfavorece la decisión, pues en su oportunidad pudo controvertirlos o exponer sus razones de defensa; de lo dicho, resulta irrefutable que un fallo extra o ultra petita no es sorpresivo, no se decide intempestivamente en el momento del fallo, sino que tiene un respaldo probatorio y respetuoso del derecho de defensa y contradicción, consustancial al debido proceso del cual el Juez laboral es el principal garante, en los términos del actual artículo 48 del CPT y SS.

Aunado a lo anterior, esta excepción al principio de congruencia si bien puede desbordar el «*petitum de la demanda*»; no puede desviarse de la «*causa petendi de la demanda*», pues son los hechos la esencia del debate del proceso, y los hechos que son la causa de pedir es algo inherente o de consustancial responsabilidad de las partes, de modo que para fallar extra y ultra petita, inclusive, el juez debe moverse dentro del panorama fáctico que le han delimitado o enmarcado las partes.

Con todo, las facultades ultra y extra petita son potestades del Juez de Primera Instancia, que no constituyen una camisa de fuerza, y que para el caso particular de la segunda instancia no tienen cabida, tal y como lo ha dejado decantado pacíficamente el Alto Tribunal, en entre otros pronunciamientos, en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 38010. En consecuencia, esta corporación no puede dar aplicación a tales facultades como lo sugiere la recurrente por activa, máxime, cuando en la fijación del litigio se delimitó a las pretensiones expresamente pedidas en la demanda, tal y como se preció en precedencia, es decir, no se vislumbró lo

relativo a un posible reajuste de las prestaciones sociales de la demandante por la sanción moratoria que se establece en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, mucho menos aspectos relacionados con horas extras y reajuste de las vacaciones, marco frente al cual, como ya se dijo, estuvo conforme la parte accionante a expresar estar de acuerdo y por ende, así se encaminó el debate probatorio.

En todo caso, respecto al puntual caso de los compensatorios remunerados encuentra la sala que conforme al mencionado «*planning*» estos sí fueron disfrutados por la accionante en la semana siguiente, de modo que no habría lugar a efectuar pago alguno por ese concepto.

De otra parte, en lo que respecta a la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Surge de lo anterior, que la sola constatación del impago de salarios y prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral no conlleva tener por acreditada la mala fe, pues si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no satisfacerlos oportunamente, al encontrar razones atendibles que lo justifique, es procedente su exoneración como en efecto considera la Sala que acaeció en el presente asunto, pues no se logró desvirtuar la presunción de buena fe de la accionada, toda vez que canceló en desarrollo del contrato la totalidad las prestaciones que se fueron causando, así como que a la finalización del contrato además no se observó su intención de sustraerse del pago de los saldos insolutos como consecuencia de la desvinculación de la demandante correspondientes al valor resultante de la liquidación del contrato de trabajo, incluyendo los valores liquidados por recargos dominicales y festivos que creyó deber. Además, es preciso aclarar que los conceptos que han de ser pagados por la

accionada son producto de la reliquidación efectuada en el presente proceso, lo que confirma que no son valores que estuvieran a cargo de la demandada y que deliberadamente y sin justificación alguna haya dejado de cancelar, conducta que es la censurada con las sanciones aquí estudiadas. En consecuencia, se tornan improcedente las condenas por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 CST, incluso, si en gracia de discusión se hubiera pedido en la demanda la contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por tal motivo, se revocará parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia. En su lugar se ordenará la indexación de las condenas impuestas, no como sanción, sino con la finalidad de paliar la devaluación del peso colombiano.

Finalmente, en lo que respecta al pago de la diferencia de aportes a seguridad social en pensiones, estima la Sala que el pago debe hacerse de forma proporcional al porcentaje que corresponde asumir al empleador en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto y en cuanto no se trata de una omisión absoluta en la afiliación por parte del empleador, quien afilió a la demandante en forma oportuna de ahí que sea lógico que al tratarse de un reajuste en el monto de la cotización deba únicamente concurrir al pago en la proporción legalmente establecida a cargo del empleador, situación que amerita modificar la decisión de primer grado, con la advertencia precisa y puntual al empleador de que al momento que efective el pago de su porcentaje en los aportes patronales debe informar a la demandante lo pertinente.

En conclusión, encuentra esta Corporación que la decisión adoptada por el Juez A quo en lo atinente a la sanción moratoria impuesta habrá de ser revocada para en su lugar condenar al pago de indexación, así como modificar lo relacionado con el pago de la diferencia en los aportes a pensión. En todo lo demás se confirmará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL ORDINAL CUARTO de la sentencia objeto de estudio, en lo relativo a la condena por concepto de la sanción

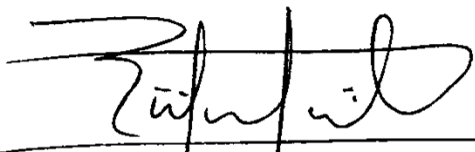
de que trata el artículo 65 del CST, para en su lugar condenar a la demandada CENCOSUD COLOMBIA S.A. al pago de la indexación de las condenas allí impuestas, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL SEXTO de la sentencia en el sentido de precisar que el pago por la diferencia en los aportes patronales al sistema integral de seguridad social en pensiones debe satisfacerse en los términos explicados en la parte motiva de esta sentencia. En lo demás se confirma.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de acuerdo con las consideraciones expuestas en precedencia. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.