



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105029201600490-01

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

ASUNTO: Honorarios profesionales de abogado.

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia de Primera Instancia de fecha 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de JOSÉ GUILLERMO TADEO ROA SARMIENTO contra JORGE ISAAC RODRÍGUEZ ROMERO.

ANTECEDENTES

JOSÉ GUILLERMO TADEO ROA SARMIENTO, promovió demanda Ordinaria Laboral contra JORGE GUILLERMO RODRIGUEZ ROMERO, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de mandato, revocado por el demandado, sin justificación; se condene al pago de los honorarios a su favor, en un 50% de lo recibido dentro del proceso ordinario laboral tramitado ante en el Juzgado Sexto Laboral contra la Fundación San Juan de Dios; más el 50% de lo percibido con ocasión de la acción de grupo que cursó en el Juzgado 15 Administrativo de Bogotá, que también adelantó como apoderado del demandante y contra la misma Fundación; junto con los perjuicios causados por la revocatoria de los poderes conferidos, la indexación de las condenas, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como soporte fáctico de sus pedimentos, en síntesis, relató que, varios trabajadores de la Fundación San Juan de Dios, contrataron sus servicios profesionales de abogado, para obtener el pago de los derechos laborales y las indemnizaciones correspondientes por su no pago; para el efecto, estructuró una acción de nulidad de los Decretos 290 de 1979, 1374 de 1979 y 371 de 1998, presentada directamente por dos trabajadoras, la cual prosperó, ya que, mediante sentencia del 8 de marzo de 2005, la Sala Plena

de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, declaró la nulidad de dichos Decretos; que, adicionalmente presentó una acción de grupo contra la Fundación San Juan de Dios, la Nación – Ministerio de Salud, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia Nacional de Salud y el Departamento de Cundinamarca, tendiente al reconocimiento y pago de todos los perjuicios materiales y morales causados a los trabajadores por el no pago total y oportuno de sus salarios y prestaciones sociales; acción que inicialmente fue tramitada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y luego fue remitida al Juzgado 15 Administrativo de Bogotá, radicada bajo el número 25002315000200202327.

Señala que, el demandante se adhirió a la acción de grupo, para lo cual, le otorgó poder y suscribió contrato de mandato, en el que se pactó el pago de las sumas que llegaran a reconocerse por cualquier vía judicial o extrajudicial, por medio de conciliación o por reconocimiento directo por parte de los demandados. Refiere que, también adelantó en su nombre, demanda ordinaria laboral, ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, identificada con el número 2002-124, en la que, se profirió sentencia condenatoria, el 3 de noviembre de 2005, ordenando su reintegro, junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 5 de agosto de 2009 y que se convirtió en el proceso ejecutivo 2006-037, remitido a la liquidación de la Fundación San Juan de Dios.

Pese a lo anterior, el 12 de octubre de 2016, el actor, recibió vía correo, un escrito del demandado, informándole su deseo de revocarle todos los poderes otorgados, sin cancelarle los honorarios pactados (fls. 34-44).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demanda, JORGE ISAAC RODRIGUEZ ROMERO, con escrito de folios 117 a 122 dio contestación a la misma, mediante escrito visible a folios 71 a 76, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; respecto a los hechos de la demanda, dijo no constarle o no ser cierto, aceptando sólo la suscripción del contrato de mandato y su revocatoria. En su defensa alegó que, sin desconocer la vinculación civil que ató a las partes, no comparte el monto de los honorarios reclamados por el actor, del 50% en la modalidad de cuota litis, porcentaje que considera abusivo y fundado en situaciones que no fueron realmente las pactadas. Propuso la excepción previa de prescripción, que se declaró no probada en audiencia del 24 de agosto de 2017 (fls. 80-81); y las de fondo, que denominó, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones civiles, buena fe y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de diciembre de 2018, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral de Circuito de Bogotá D.C., declaró la existencia de un contrato de

prestación de servicios entre las partes; condenando al demandado al pago, debidamente indexados, de los honorarios reclamados, en un 25% respecto del proceso ordinario laboral que cursó ante el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, 10% del proceso ejecutivo, que se adelantó a continuación del mismo, y, el 15% por la acción de grupo, sobre lo que efectivamente reciba el accionada, por dichos procesos, una vez se realicen los descuentos de Ley.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que el demandante, cumplió con el objeto del contrato de prestación de servicios; no obstante, pretender el pago del 50% de lo recibido por el demandado, en cada proceso, desborda los límites establecidos, por lo que, resulta exagerado y superaría el valor de los honorarios, que el mismo Colegio de Abogados, ha establecido para las actuaciones judiciales, razón por la cual, determinó que, los honorarios acordados efectivamente eran del 50%, pero distribuidos en cada una de las actuaciones adelantadas por el actor a favor del demandado, condenando al pago de los honorarios en los porcentajes ya indicados, debidamente indexados, pero, a partir del momento en que efectivamente se cancelen las condenas a favor del accionado; no ordenó la a-quo, el pago de los intereses moratorios, por no estar expresamente pactados en el contrato de prestación de servicios; ni condenó en costas, porque el demandante, no ha recibido pago alguno a su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

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

El demandante, solicita modificar la sentencia apelada, y se reconozcan los honorarios de la forma solicitada en la demanda, pues, fue contratado para adelantar un conjunto de procesos, que implicó para al actor, un gran trabajo profesional, al obtener incluso, la nulidad de los Decretos 290 de 1979, 1374 de 1979 y 371 de 1998, con lo que no sólo se benefició el actor, sino muchos trabajadores de la extinta Fundación San Juan de Dios; que, como apoderado del demandado, adelantó todas las gestiones necesarias para el pago de la sentencia que ordenó su reintegro, no obstante, el no cumplimiento de la misma, no puede atribuirse a negligencia del apoderado.

Señala que, las tarifas de CONALBOS, no son imperativas, ni pueden desconocer lo pactado por las partes, esto es, la cuota litis del 50%; pide adicionar la sentencia, determinando cuándo se hará exigible el pago de honorarios y un pronunciamiento respecto al anticipo que por cuestiones humanitarias realizó el abogado a favor de su cliente.

Por su parte, el demandado, afirma en su recurso que, la Juez de Primer Grado, omitió resolver las excepciones propuestas, en especial la de prescripción de esta acción, pues, los honorarios que reclama el actor, se

hicieron exigibles a partir del fallo proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en el año 2005; que, el contrato de mandato, fue suscrito, con posterioridad a la demanda ordinaria laboral, y sólo por la acción de grupo, pactando unos honorarios desproporcionados, y que, no se acompañan con la deficiente gestión del actor, pues, aunque se ordenó el reintegro del trabajador, el mismo nunca se hizo efectivo, ni obtuvo pago alguno. Adicionalmente, refiere que, el actor, no le hizo ningún anticipo, sino un préstamo, ajeno al mandato otorgado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, pide que se protejan en forma íntegra y total sus derechos laborales y profesionales, por espacio de casi 20 años de gestión a favor del demandado, y en consecuencia, se modifique la sentencia de Primer Grado, teniendo por válido lo pactado ente las partes, en el contrato de mandato, pues, rebasó la a-quo, sus límites interpretativos, al desconocer o modificar lo pactado por las partes.

El demandado, por su parte, reiteró los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación, respecto a la procedencia de las excepciones propuestas, ninguna de las cuales, considera que, tuvo pronunciamiento particular en la sentencia apelada; que, el contrato de mandato, conferido no lo fue para adelantar el proceso ordinario laboral, sino la acción de grupo, que ni siquiera a la fecha ha sido resuelta en Primera Instancia; razón por la cual, los honorarios reclamados, no pueden superar el quince por ciento (15%) en la modalidad contractual de cuota litis, máxime cuando no hizo parte del Grupo demandante, ni fue sujeto procesal en la acción de nulidad simple fallada el 8 de marzo de 2005.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, conforme a la sentencia apelada y los recursos de apelación presentados por las partes, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver, se contrae a determinar, (i) si se causaron los honorarios profesionales reclamados por el demandante; en caso afirmativo, (ii) si el valor de dichos honorarios, corresponden al 50% de lo que obtenga el demandado, en cada uno de los procesos adelantados a su favor o si por el contrario fue correcta la decisión adoptada por la a quo, al distribuir dicho porcentaje en un 25% por el proceso ordinario, 10% por el ejecutivo a continuación y 15% por la acción de grupo; y (iii) si las pretensiones se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción o alguna de las excepciones propuestas por la parte demandada.

DEL CONTRATO DE MANDATO- PAGO DE HONORARIOS

Se opone la parte demandada, al pago de los honorarios profesionales reclamados por el actor, advirtiéndole que, el contrato de mandato suscrito entre las partes, se suscribió sólo por la acción de grupo que ya habían presentado otros trabajadores de la extinta Fundación San Juan de Dios, más nunca se incluyó en él, honorarios por la demanda ordinaria laboral que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, y que, fue la única respecto de la cual se le revocó el poder; además señala que, los honorarios pactados en dicho contrato, fueron desproporcionados y no pueden extenderse a las demás gestiones, que, considera, ni siquiera fueron acertadas, pues, pese a ordenarse su reintegro, el mismo no se materializó, ni ha obtenido pago alguno por dicho proceso.

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

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

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

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

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

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

Pues bien, milita a folio 2 del expediente el “CONTRATO DE HONORARIOS PROFESIONALES” celebrado entre las partes el 29 de septiembre de 2006, que establece:

“OBJETO: El apoderado se compromete a continuar representando mis derechos ante el Tribunal y ante la Defensoría el (sic) Pueblo dentro de la ACCION DE GRUPO adelantada por BLANCA FLOR RIVERA GONZALEZ Y OTROS contra la FUNDACION SAN JUAN DE DIOS; HOSPITAL SAN JUNA DE DIOS – INSTITUTO MATERNO INFANTIL, LA NACION – MINISTERIO DE SALUD Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y la SUPERINTENDENCIA DE SALUD, radicada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que tiene como fin que se condene a las demandadas a cancelar al GRUPO DEMANDANTE la indemnización colectiva, compensatoria y moratoria y los perjuicios morales causadas por el no pago oportuno de los salarios a que tenemos derechos los integrantes del grupo actor. Ratifico la representación que el apoderado ha tenido de mis derechos en dicha acción en virtud del artículo 48 de la Ley 472 de 1998.

Así mismo la (sic) mandante reconoce que el mandatario fue quien elaboró la acción de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos Nos. 290 de 15 de febrero de 1979, 1374 de 8 de junio de 1979 y 371 de Febrero 23 de 1998, expedidas por la (sic) Presidente de la República, acción que presentaron nuestras compañeras BLANCA FLOR RIVERA GONZALEZ y NUBIA GRACIELA BAEZ PADILAA, en pro de la defensa de los derechos de los trabajadores de la Fundación San Juan de Dios y que el Consejo de Estado fallo favorablemente en días pasados declarando la nulidad impetrada”.

Y, respecto al pago de honorarios profesionales a favor del actor, determina:

“HONORARIOS: Teniendo en cuenta que el apoderado fue el que adelanto el proceso ordinario laboral No.0124 de 2002 que adelanté en el Juzgado 6° Laboral de esta ciudad contra la Fundación San Juan de Dios, obteniendo sentencia favorable a mis intereses, es mi libre voluntad reconocerle al citado abogado como honorarios profesionales tanto por el ordinario como por la acción de grupo y cualquier otro proceso que él considere necesario, el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas que lleguen a reconocerse por cualquier vía judicial y por concepto de la indemnización individual y colectiva a que tenemos derecho los integrantes del grupo actor, porcentaje que se pacta teniendo en cuenta que los gastos que ocasionen los procesos serán asumidos en su totalidad por el apoderado, excepto lo correspondiente a pólizas judiciales, y que el reconocimiento de las pretensiones es aleatorio, incierto y eventual. Así mismo le corresponderán al apoderado como honorarios las costas y agencias en derecho que se liquiden dentro de la acción correspondiente. PARAGRAFO PRIMERO: Los honorarios a favor del abogado se harán efectivos sin interesar para nada la vida judicial ni que el fin perseguido se consiga por vía judicial o extrajudicial o por medio de la conciliación y aún por reconocimiento directo por parte de los demandados de los derechos reclamados en cuanto que el mandatario desde hace varios años viene defendiendo los derechos a través de vías judiciales, dejando en claro que si el mandante reconoce el poder deberá cancelarle al apoderado la totalidad de los honorarios aquí pactados...”

Igualmente, se allegó copia de la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2005, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en a que se condenó a la FUNDACION SAN JUAN DE DIOS a reintegrar al demandado JORGE ISAAC RODRIGUEZ ROMERO, al cargo de celador diurno, junto con el pago de salarios, con los incrementos legales o convencionales y

prestaciones sociales compatibles con el reintegro, a partir del 5 de agosto de 1999; así como las múltiples actuaciones adelantadas para obtener el cumplimiento de dicha sentencia, entre las que se descantan, sendas peticiones presentadas ante las entidades encargadas de la liquidación de la extinta Fundación San Juan de Dios (fls. 120, 121 y 142); acciones de tutela (fls. 99, 226, 306, 315 y 577); una acción de reparación directa, denuncia penal contra los liquidadores de la mencionada entidad, recursos, escrito solicitando la continuación del proceso ejecutivo, luego del ordinario laboral, entre muchas más que acreditan la gestión adelantada por el demandante, para obtener el reintegro del actor, como se dispuso por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

También se aportó comunicación del 11 de octubre de 2016, mediante la cual el demandado, le informa al actor que:

“...en calidad de contratante y poderdante del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito con usted en calidad de abogado y cuya copia del mismo usted nunca me entregó y de cuya ejecución resultó la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2005 por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, radicado 2002-00124, de cuyo cumplimiento usted me tiene en absoluta ignorancia a pesar de haber transcurrido cerca de 11 años desde la ejecutoria de la referida sentencia y por contera incurriendo de su parte en la falta a la debida diligencia profesional plasmada en el artículo 37 numeral 2 de la ley 1123 de 2007, toda vez que nunca se me ha reintegrado conforme lo ordena la sentencia y mucho menos se me ha cancelado suma de dinero alguna.

Por tal razón, me veo en la imperiosa necesidad de dar por terminado el referido contrato de prestación de servicios profesionales y por contera revocar los poderes que a través del tiempo a usted le he otorgado, incluido el de recibir radicado el 8 de junio de 2011 en la “Fundación San Juan de Dios”.

Lo anterior, sin perjuicio de reconocerle y pagarle oportunamente los honorarios a que haya lugar por su labor adelantada hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia de marras y las providencias que liquidaron las costas procesales a favor del suscrito, claro está siempre y cuando me sea efectivamente reconocido y pagado las acreencias laborales que aún me adeuda mi empleadora” (fl 25).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandado, indicó que, no es una persona letrada, sólo cursó primero de primaria, se desempeñó como celador, en la extinta Fundación San Juan de Dios, aceptó que le confirió poder al demandante, para adelantar el proceso ordinario laboral que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, para unas acciones de tutela y una acción de reparación directa; que, cada vez que iba a la oficina del abogado, firmaba unos documentos, pero no sabía de qué se trataba; dijo que, un día llamó al actor, le dijo que no tenía dinero, que si le podía hacer un préstamo, que él se lo cancelaba cuando le pagaran la sentencia del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, a lo que el profesional del Derecho accedió, le dijo que fuera un viernes, le entregó la suma de \$1.000.000 y le descontó \$10.000 de intereses. Dijo que no desconocía la

gestión del abogado dentro de la acción ordinaria laboral, pero, que, finalmente, él nunca fue reintegrado, ni se le canceló por parte de la Fundación San Juan de Dios, ninguna suma de dinero.

Por su parte el demandante, señaló que, en el contrato de prestación de servicios profesionales, se pactó con el demandado, el pago del 50% de lo que se obtuviera por todas las gestiones que adelantó y las que llegara a realizar hasta obtener el reconocimiento de sus derechos laborales por parte de la Fundación San Juan de Dios en Liquidación; dijo que el contrato se suscribió en el intermedio de las acciones y no recordó si son anterioridad había firmado otro documento con el demandado; que, no recibió dinero para gastos de ninguno de los procesos, y que, la suma de \$1.000.000 que le entregó al accionado, fue a título de adelantó, pero que jamás le cobró, ni descontó intereses por dicho concepto; que, no demandó la resolución 094 de 2013, mediante la cual se hizo un reconocimiento económico al demandado, porque carecía de poder para ello.

Analizado el acervo probatorio a que se ha hecho referencia, considera la Sala, que fue acertada la decisión adoptada por la a-quo, al regular los honorarios del demandante, en un en un 25% del proceso ordinario laboral que cursó ante el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, 10% del proceso ejecutivo, que se adelantó a continuación del mismo, y, el 15% por la acción de grupo; pues, aunque las partes habían pactado, por tal concepto, *“el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas que lleguen a reconocerse por cualquier vía judicial”*, lo cierto es que, el pago de honorarios por cuota litis, conlleva una obligación de resultado, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 2 de junio de 2009, con radicación 33099, donde se indicó que:

*“... el pacto de honorarios por cuota litis conlleva una obligación de resultado, por eso, el fallador de segundo grado, luego de analizar el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre GUTIÉRREZ LOZADA y la CAJA AGRARIA, dentro de la facultad de libre apreciación de las pruebas aducidas en el proceso, con apoyo en el artículo 61 del C.P.L. y SS., infirió que al pactarse honorarios por <cuota litis>, sobre las **“sumas realmente recaudadas”**, como se acordó entre la CAJA AGRARIA y la actora GUTIÉRREZ LOZADA, la obtención del porcentaje de honorarios del objeto del pleito, estaba sujeta a que “éste se gane”, pues insistió, en que en el “pacto de cuota litis los honorarios y su cuantía” estaban “supeditados al éxito real de la gestión que se le haya encomendado al profesional del derecho”. Por ello, se insiste, lo que coligió el Tribunal era que estaba “probado en el juicio que en razón de la misión profesional realizada por FANNY GUTIÉRREZ LOZADA, la CAJA AGRARIA...no recuperó dinero alguno”, lo que significaba, que al “no haber cumplido la condición a que se sometió la obligación de pagar los honorarios a favor de la demandante”, era evidente que tal “obligación no ha nacido a la vida jurídica”, lo que obviamente conducía a que “no se puede exigir de la CAJA AGRARIA...el pago de los honorarios solicitados” (folio 33 cuaderno 2). Así, tampoco puede derivarse un error manifiesto de hecho por parte del ad quem, al evaluar los documentos que señala la*

censura, y más bien lo que correspondía a la recurrente era evidenciar lo contrario.

Al punto, en sentencia S. de N., Gaceta LXIII, 466 de 29 de septiembre de 1947, se dijo:

“La peculiaridad de la convención denominada cuota litis consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado, sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su exigencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen.

Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 del C.C. la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el juez. De donde resulta, como consecuencia, que estas tienen capacidad legal para fijar la forma en que debe cubrirse”.

Así mismo, esta Sala de la Corte en sentencia de 8988 del 24 de enero de 1997, reflexionó:

“Interesa dejar en claro que el porcentaje acordado como honorarios..., teniendo en cuenta que se pactaron en la modalidad de cuota litis, que implica que el abogado tendrá como retribución por sus servicios profesionales una participación directamente deducible de los resultados económicos o patrimoniales del proceso, que, en este caso, se estableció en un 35%...”. (Negrilla fuera de texto)

En el presente caso, respecto al proceso ordinario laboral que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, no existe discusión, en que por su gestión, el demandado, obtuvo una sentencia a su favor; no obstante, ni fue reintegrado, como se dispuso en dicho fallo, ni le reconocido pago alguno por los salarios y acreencias laborales, ordenadas en dicha decisión.

En cuanto al proceso ejecutivo a continuación del ordinario laboral, dicha acción, fue enviada al proceso de liquidación de la extinta Fundación San Juan de Dios, y, aunque inicialmente mediante resolución 094 del 16 de agosto de 2016, se había reconocido y ordenado un pago al demandado, por \$13.719.206 (fl. 156-161); el mismo fue rechazado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y devuelto a la Fundación San Juan de Dios, mediante comunicación del 7 de enero de 2017, pidiendo la revocatoria de dicho acto, señaló que no podía darse aplicación la sentencia SU-484 de 2008, ya que, como se indicó en su numeral vigésimo segundo, no produjo efectos respecto de trabajadores que hayan obtenido por vía judicial, a través de procesos de tutela o de procesos laborales, el reconocimiento de aportes y cotizaciones al sistema integral de seguridad social, salarios, prestaciones sociales diferentes a pensiones, descansos e indemnizaciones (fls. 180-183).

Y, en relación con la acción de grupo, quedó acreditado en el curso de este proceso que, el demandante, no presentó la misma directamente a nombre del demandado, sino que éste se adhirió a ella, encontrándose aún en

trámite, para la fecha de presentación de esta demanda, sin que se haya logrado acreditar por el actor, su terminación y menos aún la obtención de un resultado favorable para el demandado.

Así las cosas, en aras de garantizar el pago de la labor ejercida por el demandante, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia al regular los honorarios, de manera proporcional a su gestión, en cada uno de los procesos en que intervino a favor del demandado; sin que, resulte acertado, como lo pretende el actor, el pago del 50% de honorarios de lo que resulte obtenga el señor Jorge Isaac Rodríguez Romero, en cada acción, ni fue lo pactado entre las partes, ni dicha pretensión, se corresponde con lo que, por regla general se cobra por la prestación de los servicios profesionales por parte de los litigantes, para esta clase de acciones.

De otra parte, en cuanto a la temporalidad de la condena, que pide el demandante, limitar en el tiempo, se reitera que, al haberse sujetado a un resultado, como acertadamente lo señaló la Juez de Primer Grado, su pago está supeditado a que el demandado, efectivamente reciba el pago de las acreencias laborales, que le fueron reconocidas como trabajador de la Fundación San Juan de Dios.

Ahora, en relación con la inconformidad del demandado, quien consideró en su recurso, que estaban llamadas a prosperar las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, basta señalar que, acreditada, como se encuentra, la labor ejecutada por el demandante, por más de 10 años, no sólo dentro de los procesos judiciales por los cuales reclama el pago de honorarios, sino también, a través de múltiples solicitudes, acciones de tutela y demás, tendientes a obtener el cumplimiento del fallo del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá; tal gestión, como todo trabajo, debe ser remunerado; de ahí que, tales excepciones, no tengan cabida en el presente asunto.

En ese orden de ideas se confirmará la sentencia de Primera Instancia, en este sentido.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Argumenta el demandado en su recurso, frente al pago de los honorarios reclamados por el actor, operó el fenómeno de la prescripción, pues, los mismos se hicieron exigibles, cuando el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, profirió la sentencia en que ordenó el reintegro del trabajador a la Fundación San Juan de Dios, esto es, desde el 3 de noviembre de 2005.

En relación con el cobro de los honorarios profesionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de junio de 2016, con radicación 44925, indicó que, como su reconocimiento se rige por las normas del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto

incluye “...lo atinente al término de prescripción, aun cuando la relación jurídico-sustancial que aflore del convenio suscrito entre las partes encuentre venero en las disposiciones del Código Civil...”; además que, por remisión del artículo 145 del CPTSS, es posible acudir al artículo 2539 del CC, que regula la *interrupción natural* de la prescripción por el deudor, “...según lo cual cuando el deudor, en un acto voluntario e inequívoco, reconoce tácita o expresamente la obligación, la prescripción se entiende interrumpida, a partir de ese instante...”; así como, también la interrupción de la prescripción por el acreedor, a través del simple reclamo escrito, formulado “...por una sola vez...” en los términos del artículo 6 del CPTSS.

Así las cosas, respecto a la exigibilidad de los honorarios reclamados por el demandante, basta indicar que, sólo a partir de la revocatoria del poder, enviada el demandado, al actor, el 11 de octubre de 2016, puede entenderse que éste quedó habilitado para reclamar su pago, pues, antes de ello, aún se encontraba en ejercicio del mandato conferido por el accionado, ya que, su gestión no se limitaba al proceso ordinario que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, donde se profirió sentencia del 3 de noviembre de 2005, sino también a la representación de éste, en la acción de grupo, que para ese entonces aún no había finalizado. Adicionalmente, el demandado, también aceptó en dicha comunicación, adeudarle al actor, lo correspondiente a sus honorarios profesionales, de ahí, acorde con la jurisprudencia antes citada, hubo una interrupción de la prescripción, al reconocer el demandado, expresamente su obligación.

Acorde con lo anterior, y conforme al acta de reparto visible a folio 45 del plenario, comoquiera que, esta demanda se interpuso el 20 de octubre de 2016, no operó el fenómeno de la prescripción, al haberse presentó dentro de los 3 años siguientes a la revocatoria de poderes, el 20 de octubre de 2016; resultando a todas luces acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al respecto.

DEL ANTICIPO O PRÉSTAMO AL DEMANDADO POR PARTE DEL ACTOR

Afirma la parte demandada, que la suma de \$1.000.000 entregada por el demandante, fue un préstamo, por el que, incluso le fue descontado un valor de intereses; mientras que, el actor, insiste en que se trató de un anticipo de la condena impuesta, que le entregó al demandado por cuestiones humanitarias.

Al respecto, milita a folio 16 del plenario constancia del 25 de mayo de 2012, según la cual el demandante, le entregó al demandado, la suma de \$1.000.000, “como un préstamo personal o adelanto de las sumas que ellos recibirían de la Fundación San Juan de Dios, con ocasión del cumplimiento de la sentencia proferida en el proceso ordinario laboral No. 2002-0124 DE JORGE ISAAC RODRIGUEZ que adelanté o adelanto contra ella, en la que mediante sentencia se ordenó mi reintegro y el pago de los salarios dejados

de devengar, quedando ellos autorizados para descontar de dicho valor no solo sus honorarios profesionales, sino también la suma aquí señalada”

Se trata entonces de un préstamo de dinero, cuyo pago se sujetó a una condición, esto es, “*el pago de los salarios dejados de devengar*” por el trabajador demandado, y, en el que, independientemente de los motivos que condujeron al actor a aceptar su entrega, existe un acuerdo de voluntades, que bien puede ejecutarse o hacerse efectivo, pero no a través de esta acción ordinaria laboral, comoquiera que, no tiene relación directa con el mandato judicial y la representación del demandado, que motivaron el cobro de los honorarios profesionales del demandante, a través de esta demanda.

En los términos antes señalados, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta Instancia. Se confirmar la de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2018, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por JOSÉ GUILLERMO TADEO ROA SARMIENTO en contra de JORGE ISAAC RODRIGUEZ ROMERO, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033201500072-01

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

TEMA: Contrato de Trabajo - Despido indirecto.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 5 de diciembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **SULMARY QUIROGA RODRÍGUEZ** en contra de **ENVIROMENTAL SYSTEMS S.A.S.**

ANTECEDENTES

SULMARY QUIROGA RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de ENVIROMENTAL SYSTEMS S.A.S., para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo, se ordene su reintegro, junto con el pago los salarios y prestaciones sociales, dejados de cancelar desde el 20 de agosto de 2014 y hasta su reintegro, la indemnización por el no pago de la totalidad de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, la indemnización por el no pago oportuno de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral desde el 1 de septiembre de 2014, indemnización por despido en estado de embarazo, lo ultra y extra petita, incluyendo las indexaciones a que haya lugar y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, el 1 de junio de 2013, firmó con la demandada, contrato de trabajo a término fijo, para desempeñar el cargo de directora administrativa, con un salario mensual de \$1.600.000, pagaderos en quincenas vencidas, más una bonificación por cumplimiento de metas por \$400.000 y subsidio de transporte. Que, el contrato se renovó el 15 de junio de 2014, incrementándose la remuneración a \$1.700.000.

Indica que, el 7 de julio de 2014, le comunicó a la gerente y representante legal de la demandada, que se encontraba en estado de embarazo, por lo que, a partir de ese momento se emprendieron en su contra actos de acoso laboral, maltrato verbal y psicológico, que pusieron en riesgo si vida y la del bebé por nacer, puso dicha situación en conocimiento del Ministerio de Trabajo; no obstante, ante la difícil situación laboral que atravesó, decidió presentar renuncia irrevocable a partir del 19 de agosto de 2014; sin embargo, la demandada, se negó a aceptarla, para evadir la responsabilidad del despido indirecto (fls 2-6 y 96).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, ENVIROMENTAL SYSTEMS S.A.S., dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible de folios 108 a 134, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; negó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con la existencia del vínculo laboral entre las partes y el cargo desempeñado por la actora. En su defensa indicó que, en ningún momento hubo un acoso laboral de parte de la empresa hacia la demandante; no obstante, ante su posición como directora administrativa, siendo prioridad su estado de salud y la del hijo que esperaba, se hizo una redistribución de funciones, para evitar traumatismos a la trabajadora y el empleador, que estaba viendo afectadas su operaciones ante las constantes incapacidades, no sólo de la actora, sino también de otra trabajadora que se encontraba igualmente en estado de embarazo para la misma fecha; sin que ello, implicara una desmejora laboral; que, esa demandada, en ningún momento ha desconocido los derechos laborales de la demandante, al punto que, inicialmente no aceptó su renuncia, en atención a la protección especial de una madre en estado de gestación, invitándola a resolver sus diferencias ante el comité de convivencia laboral, pero ella nunca acudió, ratificando su renuncia.

Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

ENVIROMENTAL SYSTEMS S.A.S., presentó demanda de reconvencción, para que se declaré que, en vigencia de la relación laboral, como a su terminación, la trabajadora SULMARY QUIROGA RODRIGUEZ, sustrajo información confidencial de la empresa y de sus clientes, afectando su buen nombre y *know how*, debiendo, en consecuencia, cancelar los perjuicios correspondientes, en especial, por haber tomado información de un proceso de licitación del Ministerio de Defensa Nacional, que posteriormente, no volvió a ser adjudicado a esa Sociedad (fls. 240-243 y 265-269).

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

SULMARY QUIROGA RODRIGUEZ, se opuso las pretensiones de la demanda de reconvencción, argumentando que, ninguna información manejada, se clasificaba como privilegiada, ni mucho menos, tenían cláusula de reserva o protección. Formuló la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, resuelta en audiencia del 13 de abril de 2016 (fl. 256-258); y las de fondo, que denominó inexistencia de la conducta dañosa, inexistencia del daño y de la relación de causalidad, temeridad y mala fe (fls. 245-252).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de diciembre de 2018, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada principal de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada y cobro de lo no debido propuestas ENVIROMENTAL SYSTEMS S.A.S.; al considerar que, pese a la declaratoria de confeso que recayó sobre esa demandada, por no comparecer a absolver interrogatorio de parte, la demandante inicial, no logró acreditar la figura del despido indirecto, pues, su renuncia fue verbal, no se dejó prueba de la causal invocada, ni se acreditó un nexo causal entre la terminación del vínculo laboral y su estado de embarazo; tampoco se demostró que las diferencias que la trabajadora, tenía con la gerente y representante legal de la demandada, revistieran de tal gravedad, para considerarlas conductas de acoso laboral, menos aún para aplicar la presunción del despido, por su estado de embarazo.

Igualmente absolvió a la demandada en reconvencción, comoquiera que, de la documental allegada, no evidenció violación a la confidencialidad de la empresa, ni se acreditaron los supuestos perjuicios causados con sus actuaciones u omisiones, por lo que, declaró probada las excepción de inexistencia de conducta dañosa.

No impuso condena en costas para ninguna de las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, para que se revoque la sentencia de Primera Instancia, y, se acceda a las pretensiones de la demanda inicial, debido a que, la decisión de a-quo, fue contradictoria, desconoció las pruebas documentales y testimoniales, con las que se demostró el maltrato de que fue víctima la actora, y que, la obligaron a tomar la decisión de renunciar; tampoco tuvo en cuenta, de se tuvo por ciertos los hechos relacionados con la terminación del vínculo laboral; además que, la demandada, abandonó el proceso, ante la evidente imposibilidad de

justificar la renuncia de la trabajadora, con razones distintas al acoso laboral y a su estado de embarazo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, insistió en que se debe revocar la sentencia apelada y acceder a sus peticiones, pues, quedó plenamente demostrado que, si bien la terminación del vínculo laboral se produjo por renuncia de la trabajadora, esta obedeció a la persecución laboral, el maltrato y la violencia psicológica que la empleadora emprendió contra ello, es decir, que se produjo un despido indirecto; además, se encontraba en estado de embarazo, desconociendo la protección especial a la maternidad, consagrada en la Constitución Política, y que, no ha sido considerada por ninguna de las autoridades administrativas y judiciales a las cuales ha acudido para obtener su amparo. Pide tener en cuenta la prueba testimonial, que fácilmente dio cuenta de las amenazas y maltrato psicológico de que fue objeto la demandante; y, en lo que toca a la reconvenición, considerada que, no es otra cosa que una estrategia procesal que no tendrá éxito debido a la inexistencia de la conducta dañosa, así como de su relación de causalidad y el insistente e incansable proceder de la demandada con temeridad.

La parte demandada, guardó silencio al respecto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandante, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a establecer, si la actora, se vio obligada a terminar el contrato por haber incurrido su empleador en justa causa para ello.

DE LA RELACION LABORAL

No es materia de controversia en esta Instancia, que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término fijo, uno de un año, del 1 de junio de 2013 al 31 de mayo de 2014 (fls. 11-17 y 139), y otro, por seis meses, que comenzó el 3 de junio de 2014 y finalizó por renuncia de la trabajadora, el 19 de agosto de 2014 (fls.18-23, 42 y 173); contratos, en virtud de los cuales la actora desempeñó el cargo de directa administrativa, percibiendo como última asignación la suma mensual de \$1.700.000.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Se duele la censura de la absolución impartida por el fallador de Primera Instancia, insistiendo que se configuró un despido indirecto, y, por tanto, era procedente acceder a sus pretensiones, ya que los motivos aducidos en su renuncia como maltrato, cambio de funciones y acoso laboral, fueron debidamente acreditados, sumado al hecho de que se encontraba en estado de embarazo y estaba amparada por un fuero constitucional.

Pues bien, cuando lo que se procura es la prosperidad de la declaración de un despido indirecto, es deber del Fallador verificar, en armonía con la carga de la prueba que le incumbe al demandante, en los términos del artículo 167 del CGP: i.) que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo provino del trabajador, ii.) que el trabajador hubiese comunicado al momento de la extinción del vínculo a su empleador, las causas o motivos que resultaron determinantes para terminar anticipada y unilateralmente el contrato de trabajo, y; iii.) que se acredite la ocurrencia de las causales que fueron alegadas para finiquitar la relación laboral.

En efecto, para que surta efecto legal la terminación o lo que es lo mismo, para que se configuren las consecuencias jurídicas relevantes, es indispensable que los motivos aducidos sean necesariamente comunicados de manera **clara, precisa** y por escrito al empleador¹, entendimiento que ha sido desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias, entre las que vale la pena resaltar la decisión del 27 de enero de 2016 radicado 47375.

Cumplido ello, seguidamente le incumbe al trabajador, demostrar la ocurrencia de la justa causa o motivo que siendo imputable al empleador, fue lo que sin lugar a dudas direccionó la decisión de terminar el contrato de trabajo de manera anticipada, como lo ha sostenido la máxima Corporación de esta Jurisdicción en pronunciamiento del 5 de octubre de 2016 radicación 48885²; aspectos de relevante importancia, comoquiera que, también en palabras de la Corte Suprema de Justicia *“mientras el juez laboral no declare que la terminación del vínculo fue indirecto, vale decir, por causas imputables al empleador, se presume o entiende que fue voluntario*

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de enero de 2016 radicado 47375, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. “Empero, existen ocasiones en la que, pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido –indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada. Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación. Y es que, en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo”.

² Sentencia del 05 de octubre de 2016 radicación N° 48885.

por parte del trabajador". Sentencia del 7 de septiembre de 2016 radicado No. 46075.

Por otro lado, y comoquiera que, no fue objeto de discusión que la demandante, se encontraba en estado de embarazo al momento de su renuncia, en cuanto a la protección del fuero de maternidad, en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha reiterado que no produce efectos el despido perpetrado en el momento del embarazo o durante los tres meses posteriores al parto, presumiéndose que tal actuación obedece a un acto discriminatorio por causa o en razón del embarazo, cuando no se cuenta con la debida autorización del Inspector del Trabajo, al tenor de lo preceptuado por el art. 239 del CST, así lo indicó en sentencia del 15 de marzo de 2017, con radicación 49165:

"...Tal distinción sirve para dejar claro que la mentada protección obra en favor de la trabajadora lactante con el objeto de garantizar la estabilidad y continuidad del vínculo laboral que le ata al empleador durante el semestre siguiente al parto, de modo que no puede afectarse su ejecución durante tal período por el mero estado o condición de trabajadora lactante, pues de ocurrir ello el despido no puede producir ningún efecto, esto es, la declaración judicial de tal móvil censurable y perverso dará derecho a la trabajadora para ser restituida al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto del despido, siguiendo así las voces del artículo 1746 del Código Civil colombiano.

En tanto, la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 del mismo CST tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante, con lo cual traslada al empleador la carga de probar que lo hizo soportado en una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del CST y una vez agotado en debida forma el procedimiento exigido por el artículo 240 ibidem. De forma que, de no derruir el empleador la aludida presunción edificada por el legislador en beneficio de la trabajadora lactante, el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas.

Luego, en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC, vigente para la época en que se tramitaron las dos instancias del proceso, hoy prevista por el artículo 167 del CGP..."

En el presente caso, no se aportó al plenario, la comunicación mediante la cual la demandante, presentó su renuncia; no obstante, dicha circunstancia no fue desconocida por la parte demandada, ni tampoco los hechos en que fundó la misma, que según relató a la actora, en su escrito de demanda y reiteró en el recurso objeto de esta alzada, fueron un constante acoso laboral por parte de su superior y el cambio injustificado en sus funciones, todo ello como consecuencia de su estado de embarazo.

Pues bien, al respecto milita en el plenario llamados de atención efectuados a la demandante, los días 16 y 28 de julio de 2014, por errores en la

facturación de productos; acta 02 del Comité de Convivencia Laboral de la demandada, celebrado el 12 de julio de 2014, donde se expone la necesidad de una redistribución de funciones, para que todos los trabajadores tuvieran conocimiento del manejo del área administrativa y de logística, *“con el objetivo de que podamos sacar adelante la parte administrativa y que en las ausencias que pueda tener Sulma y la ausencia que está presentando en este momento Mónica sean ausencias que no sean traumáticas para la empresa. Porque la empresa no puede parar realmente porque no hay dos personas (...) con esta reestructuración de funciones del personal no se está vulnerando derecho alguno de los trabajadores de la empresa”*.

Adicionalmente, en dicha acta, se expuso una problemática, con los llamados de atención, que según manifestó la representante legal de la demandada, no volverían a hacerse de manera verbal, sino por escrito, a todos los trabajadores, pues, en general a muchos se les habían hecho llamados de atención, pero, la actora, frente a un memorando, manifestó su inconformidad, por considerarlo discriminatorio, por lo que, se indicó:

“...de aquí en adelante para evitar esa discriminación de la cual de estar quejando y cómo vamos a ser un comité de convivencia y todo va a ser mucho más sano, entonces cada queja y cada llamado de atención ya no es verbal (...) Fue así como en consecuencia de una llamada de atención por escrito realizada a la señora Sulmary el 16 de julio de la presente anualidad, en donde la señora Sulmary adujo desde el momento la no culpa frente a su error, ella se alteró generando posteriormente que los ánimos de cada una de las partes se alterarán y se rompió por ende la relación estructural y funcional debida para la buena marcha de la empresa, tanto en la relación laboral e interpersonal claves para el logro de los objetivos de la empresa.

teniendo en cuenta que esta es una empresa pequeña y, que el espacio es compartido por todos, es necesario precisar, que si se realiza un llamado de atención, no es para que el mismo se tome como una persecución o acoso personal sino que, como medida de tipo laboral que gobierna la conducta de los asociados laboralmente, es primeramente para encontrar y establecer los correctivos necesarios que eviten la reiteración de las conductas funcionales y personales, que ocasionaron en principio una falla, y finalmente dejar constancia de que las malas decisiones que se toman día a día generan impacto monetario para la empresa y finalmente un daño en el bienestar económico de todas las personas que están en el interior de la empresa.

por tal razón y con el ánimo de evitar malos entendidos, en adelante se realizarán los llamados de atención cuando éstos se requieran a todos y cada uno de los empleados por escrito, sean llamados de atención mayores o menores, a efectos de generar un buen ambiente y la armonía en las relaciones de trabajo y que los mismos no se presten para malas interpretaciones. Lo que se busca y pretende con esta presente reunión es un compromiso por todos los aquí presentes frente a las nuevas decisiones que se toman y buscar generar un ambiente laboral propicio, a efectos de que se deje trabajar en armonía, acompañamiento, inteligencia en beneficio de la empresa y del suyo propio” (fls.146-156).

También se allegó comunicación del 16 de julio de 2014, donde la demandante, se dirige a la gerente de la demandada, dando respuesta al llamado de atención, en ella aceptó que había expedido una factura con información equivocada, pero, que como el error había sido de forma y no de fondo, lo había solucionado inmediatamente enviado la documentación correcta al día siguiente, sin embargo, fue responsabilidad del cliente, no haberla reclamado oportunamente, para proceder al pago y alegar que se hizo el envío de forma extemporánea, cuando no fue así (fls.157-158). Así mismo, queja por acoso laboral, radicada por la actora, ante el Ministerio de Trabajo, el 1 de agosto de 2014, informando que, *“DESDE QUE NOTIFIQUÉ FORMALMENTE MI ESTADO DE EMBARAZO EL DIA 7 DE JULIO Y TAL COMO LO NARRE EN DETALLE EN ESTE ESCRITO, HE SIDO VÍCTIMA DE VARIOS MALTRATOS VERBALES Y SICOLOGICOS ASI COMO DE VEJÁMENES QUE ME OCASIONAN MAL TRATO LABORAL Y ME SIENTO PERSEGUIDA Y ACOSADA LABORALMENTE POR ELLO ACUDO AL MINISTERIO DE TRABAJO PARA QUE ADOpte LAS MEDIDAS TENDIENTES A LA PROTECCION DE MIS DERECHOS INVOCO COMO FUNDAMENTO DE DERECHO LA LEY 1010 DE 2006”* (fls. 48-57); constancia de comparecencia al Ministerio de Trabajo, el 23 de abril de 2015, a la cual sólo asistió la demandada (fls. 175-176) y auto 5647 del 30 de noviembre de 2015, mediante el cual, la Inspectora de Trabajo, ordena el archivo de la querrela presentada por la demandante, al no demostrar interés alguno en continuar con dicho trámite (fl. 255); correos electrónicos, enviados entre la actora y la gerente general de la demandada, en los que tratan temas relacionados con la compra de unos teléfonos celulares, la recarga de extintores, la negociación de créditos con la empresa que les presta el servicio de transporte y unos permisos para que la trabajadora asistiera a unas terapias físicas.

Además, obra acta de descargos, de fecha 11 de agosto de 2014, donde la actora, se negó a dar respuesta a los preguntas formuladas por el empleador, alegando que ya había hecho sus descargos de manera escrita (fls. 163-169); carta de no aceptación de renuncia, de fecha 19 de agosto de 2014, donde la demandada, manifestó que, no la aceptaba *“habida cuenta que usted en estos momentos goza del beneficio de Estabilidad Laboral Reforzada en razón a su estado de embarazo (...) Se le invita a continuar con sus labores, y a que mediante el respectivo procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo, se resuelva ante el comité de convivencia, las situaciones que usted plante le impiden continuar laborando en la empresa, aduciendo un supuesto acoso laboral”* (fl. 41); y, la comunicación de aceptación de la renuncia, enviada por la demandada, a la trabajadora, ante la insistencia de ésta, para que fuera aceptada, pese a su estado de embarazo, aclarando en ella el empleador, que, *“En cuanto a las funciones que diche estar desempeñando últimamente, que al parecer las ha tomado como una forma de acoso laboral y una afrenta a su dignidad, quiero manifestarle que la Gerencia como bien se dijo en reunión de convivencia con el personal de la empresa, ante el poco personal que la conforma y dado que algunos (sic) de sus trabajadoras se encuentran en estado de embarazo, es decir dos (2) de ellas, entre las que se encuentra usted; se convino en*

redistribuir las actividades de los cargos entre sí, buscando favorecer con actividades más suaves y condescendientes con las embarazadas, sin que ello implicara un cambio de cargo y mucho menos desmejora salarial, sin embargo, esta redistribución de actividades no ha sido de su agrado a tal punto que prefirió renunciar” (fls. 42 y 172).

Asimismo, declaró en el proceso la señora MÓNICA ANDREA SATRE GARZÓN, quien se desempeñó como auxiliar de logística de la demandada, y, manifestó que, al actora, era su jefe inmediata, y la de todo el personal de la empresa, porque ella tenía a cargo todo el manejo de la oficina; que, la demandante, renunció porque tuvo varios problemas con la gerente, CLAUDIA ISABEL CONTRERAS ROZO; que, después de que la demandante, le notificara sobre su estado de embarazo, ella cambió mucho, le hablaba diferente, le hacía llamados de atención por escrito, si necesitaba permisos, chocaba por eso; que, CLAUDIA CONTRERAS, le quitó el control de la empresa a la actora, la trataba mal, la llamaba, la insultaba, de lo cual dijo la testigo haber tenido conocimiento, porque la oficina era muy pequeña, todos los trabajadores estaba en el mismo espacio y escuchaban las discusiones entre ellas; que, hicieron una sesión con el comité de convivencia laboral, pero allí se habló sólo de funciones; que, la demandante, era una persona muy responsable.

Así las cosas, de las pruebas antes señaladas, no se posible establecer que la personalidad recia de la gerente de la demandada, la forma en que se expresaba en sus comunicaciones o los llamadas de atención hechos a la trabajadora, configuraron una situación de maltrato o acoso laboral; exigir el cumplimiento de sus obligaciones laborales es una facultad del empleador, en ejercicio de su poder subordinante, y, por ende, no puede ser calificado como acoso laboral; tampoco, puede considerarse un acto discriminatorio, el hecho de que la demandada, reorganizara las funciones de los trabajadores, para no depender exclusivamente de la demandante, pues, trató de una medida con la que buscaba garantizar el funcionamiento de la empresa, en las ausencias medicas o incapacidades de la demandante. Menos aun puede extraerse del plenario, que tales conductas fueron consecuencia de su estado de embarazo, o que, debe prevalecer la confesión declarada por el a-quo, respecto de la demandada, por no comparecer al interrogatorio de parte, ya que, la misma admite prueba en contrario, y, como ya se indicó, no se logró demostrar por la parte actora, el despido indirecto alegado.

Es más, la demandante, contaba con los mecanismos idóneos para iniciar una acción judicial por acoso laboral, pero no lo hizo, e incluso abandonó la queja, que, por este tema, presentó ante el Ministerio de Trabajo. En ese orden de ideas, no puede esta Sala, inferir que la renuncia presentada por la actora, fue provocada o que ella fue coaccionada a presentarla, sino que se trató de una renuncia voluntaria, lo que hace forzoso confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandante atendiendo el resultado desfavorable de su recurso. Sin costas en Primera Instancia, como lo dispuso el a-quo.

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

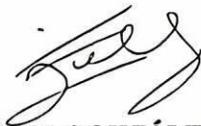
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2018, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SULMARY QUIROGA RODRIGUEZ en contra de ENVIROMENTAL SYSTEMS S.A.S, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta Instancia a la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$452.500. Sin costas en Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105038201600591-01

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

TEMA: Cesantías, sanciones por no pago de intereses a las cesantías, por su falta de consignación a un fondo y moratoria- pagos en vigencia del contrato.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CLARA INÉS AMAYA** en contra de **CONFIANZA EXTREMA LTDA.**

ANTECEDENTES

CLARA INÉS AMAYA, promovió demanda ordinaria laboral contra CONFIANZA EXTREMA LTDA, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato verbal a término indefinido, el cual inició el 14 de mayo de 2013, cuya terminación no produce efectos jurídicos porque se dio cuando se encontraba en estado de gestación, sea condenada al pago de: la indemnización por despido en estado de gestación sin permiso, los aportes al sistema de seguridad social dejados de pagar de los meses de mayo y junio del año 2013, las cesantías de los años 2013 y 2014 dejadas de consignar al respectivo fondo, la indemnización por la no consignación de las mismas a un fondo, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías correspondientes al año 2013, los intereses de las cesantías correspondientes al año 2014, la prima de servicios proporcional, la indemnización moratoria, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que ingresó a laborar bajo la dependencia, subordinación y remuneración de CONFIANZA EXTREMA LTDA el día 14 de mayo de 2013, se vinculó a través de un contrato verbal a término indefinido, desempeñó el cargo de asesora, devengó el SMLMV, fue vinculada al sistema de seguridad social en salud y pensiones solo a partir del mes de julio del año 2013, el 6 de febrero de 2015 se practicó en un consultorio médico una prueba de embarazo cuyo resultado fue positivo, dos días después notificó por escrito a la empresa de su estado de embarazo quien al día siguiente le dio por terminado el contrato de trabajo, interpuso acción de tutela obteniendo como resultado su reintegro a la empresa no obstante debe acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de que se defina de fondo la controversia, sus cesantías no le fueron consignadas, ni se le pagaron los intereses a las cesantías del año 2013 y 2014, como tampoco la prima porcentual al momento del despido y las vacaciones durante todo el tiempo laborado, CONFIANZA EXTREMA LTDA dio cumplimiento con el reintegro hasta el 15 de septiembre de 2015, acordando el pago diferido de los salarios dejados de percibir desde el 9 de febrero hasta la fecha de su reintegro y al momento de la presentación de la demanda se encontraba en licencia de maternidad. (Fls 14-19, Sub 27-29 vto).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación con escrito de folios 34 a 37 en donde se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el trabajo bajo su dependencia, subordinación y remuneración, el cargo que desempeñó, el salario que devengó, la radicación y quien conoció de la acción de tutela, la no consignación de las cesantías de los años 2013 y 2014, el reintegró a la empresa el día 15 de septiembre de 2015 y, que acordaron el pago diferido de los salarios dejados de percibir desde su despido hasta el reintegro. Propuso las excepciones que denominó como: cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación a cargo del demandado y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de febrero de 2019, resolvió: **1º)** declarar que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido del 14 de mayo de 2013 al 12 de febrero de 2015; **2º)** declarar que la terminación del contrato de trabajo anterior al 12 de febrero de 2015 fue efectiva; **3º)** condenar a CONFIANZA EXTREMA LTDA a pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero: **a)** auxilio de cesantías del año 2013: \$589.500, **b)** sanción por el no pago oportuno de los intereses de las cesantías del año 2013: \$71.820, **c)** sanción por la no

consignación de la cesantía del año 2013 en un fondo: \$7.034.700, **d)** a un pago de \$22.891 equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago del auxilio de cesantías del año 2013, a partir del 27 de diciembre de 2016 hasta que se verifique el pago de la obligación, teniendo como salario un mínimo legal mensual vigente, **e)** al pago de los aportes a pensión por los meses de mayo y junio de 2013, sobre la suma del SMLMV para estos periodos, a la administradora de pensiones a la que se encuentre vinculada la demandante; **4º)** Absolver a CONFIANZA EXTREMA LTDA de las demás pretensiones de la demanda; **5º)** declarar no probados los medios exceptivos planteados respecto de las condenas infringidas relevándose del estudio de las absoluciones producidas; y, **6º)** costas a cargo de la demandada incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 pesos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la sociedad demandada interpuso recurso de apelación en procura de que se revoquen las condenas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías del año 2013, por corresponder a un tiempo que no laboró realmente la demandante, teniendo en cuenta que el trabajado fue del 14 de mayo del 2013 al 30 de diciembre de 2013, además que la ex trabajadora CLARA AMAYA recibió oportunamente sus prestaciones sociales de ese tiempo laborado (14 de mayo de 2013 hasta el 30 de diciembre) en la suma de \$633.513 dentro del término de la ley como lo corrobora en folios 58 y 59, liquidación recibida que no fue tachada de falso estando firmada y aceptada por ella misma, lo cual también sucedió con las prestaciones sociales del año 2014 y las del año 2015.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley ninguna de las partes se pronunció.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a esta Sala establecer si había o no lugar a fulminar condena frente a todos y cada uno de los conceptos ordenados en primera instancia o si los mismos fueron realmente cancelados en las

oportunidades debidas, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), .

DE LOS PAGOS EFECTUADOS POR LA DEMANDADA DE MANERA OPORTUNA.

Habida cuenta que se duele la sociedad CONFIANZA EXTREMA LIMITADA de que no fueran tenidos en cuenta por el fallador de primera instancia los pagos que realizó a la actora por concepto de prestaciones sociales, forzoso se muestra precisar, en primer lugar, que al no haber sido objeto de apelación los extremos temporales del vínculo laboral declarados en la sentencia, esto es, del 14 de mayo de 2013 al 12 de febrero de 2015, le correspondía acreditar que cumplió con sus obligaciones patronales causadas durante dicho lapso.

En este punto debe señalar la Sala que el contrato de trabajo presentado a esta Corporación por la sociedad demandada el 14 de marzo de 2019, junto con otros documentos militantes de folios 158 a 162, de ningún modo puede ser tenido en cuenta en esta instancia, atendiendo el hecho de que a todas luces no fue solicitado por ninguna de las partes ni decretado como prueba en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS llevada a cabo el 28 de agosto de 2017 (fl 104), contraviniendo, por tanto, lo previsto en el artículo 83 del CPTSS que permite la solicitud, el decreto y la práctica de pruebas por el Tribunal cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieran dejado de practicar.

Nótese de acuerdo a las pruebas legal y oportunamente allegadas al expediente, en particular la de folios 58, 59 y 109 contentiva de la liquidación final de prestaciones sociales y el pago de la misma, que dicha liquidación pese a indicar que comprendía el período del 14 de mayo de 2013 hasta el 30 de diciembre de esa anualidad, tan sólo fue elaborada el día 19 de marzo del año 2014, siendo cancelada a la demandante el 31 de mayo de esa anualidad, de ahí que no resulte desacertada la imposición de condena que por concepto de cesantías e intereses a la cesantía impuso el Aquo en primera instancia respecto de ese lapso, atendiendo que ningún medio probatorio se incorporó en la oportunidad procesal debida, que diera cuenta de la efectiva finalización del vínculo el 30 de diciembre de 2013, entendiéndose para todos los efectos legales la continuidad de dicho contrato de trabajo, y con él, el deber de consignación de las cesantías ante un fondo, ello en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, perdiendo cualquier pago realizado de manera directa al trabajador por cesantías durante la vigencia del contrato, como lo contempla el artículo 254 del CST.

De igual manera, en relación con los intereses a las cesantías han debido pagarse al 31 de diciembre de 2013 por el empleador y el no hacerlo generó su pago doblado.

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

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

Así, en la medida que la demandada no presentó argumentos que permitan establecer las razones por las cuales no consignó las cesantías causadas por la promotora de este proceso en la fracción laborada durante el año 2013, dentro del término legal en el fondo autorizado, su conducta no permite inferir que el incumplimiento de esta obligación se realizó por finalización del contrato de ahí que su justificación no desvirtuara la mala fe que se presume por la falta en el pago de una obligación de orden público legalmente establecida.

De lo anterior es posible afirmar que, aun cuando existe la obligación para la demandada de pagar las cesantías, sus intereses doblados y la sanción por la no consignación de las mismas aun fondo, debe modificarse la cuantificación que en primera instancia se hizo frente a los dos primeros, por cuanto, como acertadamente lo refiere la censura, el A quo acogió para su liquidación todo el año 2013 y no sólo la fracción realmente laborada (14 de mayo a 31 de diciembre), incurriendo también en yerro al disponer el pago de la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías del año 2013, desde el 27 de diciembre de 2016 hasta que se verifique el pago de la obligación, ya que por sabido se tiene que de tal ausencia de pago oportuno se ocupó al fulminar condena por su no consignación en la fecha establecida, la cual corrió del 15 de febrero de 2014 al 14 de febrero de 2015 y, en ese orden de ideas, mal puede imponer una doble sanción por una misma conducta.

Corolario de lo razonado, considerando que la actora devengaba el SMLMV., la condena por concepto de cesantías realmente debidas para el

año 2013 asciende a la suma de \$416.166 y la de los intereses a las cesantías, debidamente doblados, asciende a la suma de \$62.978, la sanción por la no consignación de las cesantías del año 2013 a un fondo se mantiene en la suma de \$7.034.700, revocándose la condena por indemnización moratoria.

Últimamente, tratándose de los aportes a seguridad social por los meses de mayo y junio de 2013, también se revocara la orden de pago, en la medida que con las planillas de folios 97 y 98 se tiene por acreditada la cancelación en favor de la demandante de esos periodos, contrario a lo concluido en la sentencia recurrida.

DE LAS COSTAS

Habida cuenta que el recurso de apelación fue parcialmente favorable a la parte demandada, corresponde imponerlas en esta instancia a la parte actora. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los literales d.) y e.) del ordinal TERCERO de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por CLARA INES AMAYA en contra de CONFIANZA EXTREMA LTDA, para en su lugar absolverla de dichas condenas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR los literales a.) y b.) del ordinal TERCERO de la referida sentencia, los cuales, para todos los efectos legales, quedaran así:

“a.) \$416.166 por concepto de auxilio de cesantías realmente debidas del año 2013.

b.) \$62.978 por concepto de sanción por el no pago oportuno de los intereses de cesantías del año 2013.”

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$800.000. Las de primera instancia se confirman.

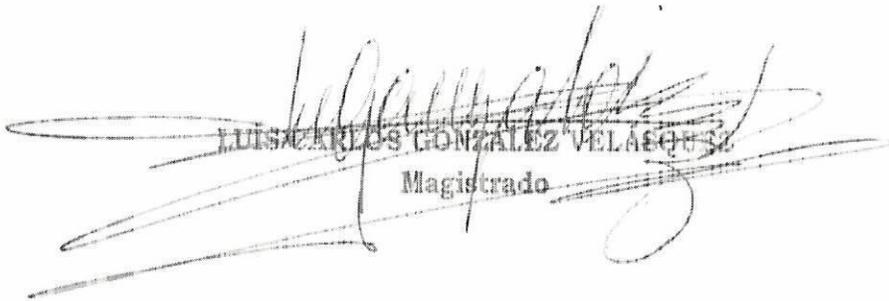
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁZQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030201700531 01

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

SENTENCIA

TEMA: Extremo final del contrato, trabajo Suplementario por disponibilidad, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización moratoria e indexación por pago tardío e incompleto de la liquidación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, calendada el 20 de noviembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **BERNARDINO JULIAN JIMENEZ GUZMAN** en contra de **SEGURIDAD ORIENTAL LTDA** y **MINERIA TEXAS COLOMBIA SA.**

ANTECEDENTES

BERNARDINO JUALIA JIMENEZ GUZMAN promovió demanda ordinaria laboral en contra de SEGURIDAD ORIENTAL LTDA y MINERIA TEXAS COLOMBIA SA., para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo vigente entre el 14 de enero de 2016 y el 16 de noviembre de 2016 con SEGURIDAD ORIENTAL LTDA donde MINERIA TEXAS COLOMBIA SA debe responder solidariamente; cuyo último salario devengado fue la suma de \$1.929.000; sean condenadas al reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y/o festivas y con base en ello al pago de las cesantías, los interés a la cesantías, las primas de servicios, las vacaciones compensadas en dinero, incluyendo para su liquidación, el

valor de las horas extras, así como la bonificación habitual por disponibilidad de tiempo completo, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria del Art. 65 CST, la indexación, lo que resulte ultra y extrapetita y las costas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis indicó que el día 14 de enero de 2016 suscribió contrato de trabajo con SEGURIDAD ORIENTAL LTDA, desempeñó el cargo de Inspector escolta (con las funciones respectivas) en el complejo minero de la empresa MINERIA TEXAS COLOMBIA SA, en Muzo – Boyacá, no se le entregó dotación de elementos de seguridad para la actividad contratada, como lo era la exposición al humo, inhalación de gases, altas temperaturas, ruido a altos decibeles, caída de rocas y otros riesgos para la salud; en vigencia del contrato debía permanecer veinte (20) días con disponibilidad de veinticuatro horas al servicio de MINERIA TEXAS COLOMBIA SA -MTC-, en el área de concentración, lapso en el que no tenía permiso para salir de las instalaciones para ninguna actividad, ni siquiera al pueblo de Muzo, dado que los alojamientos se encuentran encerrados en malla metálica; la remuneración pactada consistía en el salario mínimo legal mensual vigente más una bonificación mensual por valor de \$1.307.737, por prestar el servicio en la mina, para un salario mensual promedio no inferior a la suma de \$1.929.000; nunca se le pagó el trabajo suplementario de \$8.773.302 con el argumento del pago de la bonificación establecida en la cláusula cuarta del contrato; para el pago de las prestaciones sociales, los aportes a la seguridad social y la liquidación final no se tuvo en cuenta la bonificación mensual ni las horas extras o trabajo suplementario; en desarrollo del contrato debía someterse al escaneo con rayos X, descalzo y sin importar el cambio de temperaturas, al salir debía auto-requisarse las partes íntimas, para evitar la sustracción de esmeraldas; el contrato finalizó sin justa causa el 16 noviembre de 2016 cuando se le notificó tal determinación, esto es, 14 días después de la indicada en la carta justa causa, sin que se le cancelaran los salarios del 3 al 16 de noviembre de 2016 ni la indemnización por despido sin justa causa; y la sociedad MTC es solidaria de las obligaciones aquí demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron contestación mediante escrito de folios 77 a 94 del expediente, a la demanda, en donde se opusieron a la mayoría de las pretensiones salvo la relacionada con el depósito efectuado, negaron los hechos precisando en cuanto a la terminación del vínculo que el mismo obedeció porque MTC pidió el cambio del trabajador, no obstante, advertido el error procedió a cancelarla y que la beneficiaria de los servicios del actor fue MTC. Y propusieron las excepciones de cobro de lo no debido, por no haber existido “disponibilidad”, ni labor de horas extras; mala fe del demandante, al cobrar trabajo extra que no realizó y

buena fe de la demandada, por cancelar todas las sumas correspondientes a la terminación del contrato.

En su defensa señalaron que el contrato de trabajo fue suscrito el 17 de enero de 2016 y concluyó el día 2 de noviembre de 2016 por ser cuando terminó la veintena de servicio del trabajador y se retiró de las instalaciones, retornando a la empresa el día 16 de noviembre de 2016, para la entrega de dotación y recibir la liquidación final; el salario pactado fue el SMLMV y una bonificación constitutiva de salario que causaba siempre que prestara el servicio en el complejo minero MTC de Muzo; no trabajó horas extras ni trabajo suplementario durante la vigencia del contrato, la jornada acordada era de 20 días de trabajo con programación de 8 horas diarias, de las cuales a veces se laboraban sólo 4 o 5 horas dependiendo la mina en la que se encontrara, por 10 días de descanso, sin que pueda confundir horas extras con disponibilidad porque para que operara ésta última era presupuesto que el trabajador en cualquier momento pudiera ser llamado a prestar el servicio, lo que no se dio en el presente asunto ya que la empresa durante los 20 días de labor le suministró vivienda, alimentación, espacio de recreación y deporte, para sus tiempos libres, reiterando que los turnos de trabajo se programaban de 8 horas, siendo su ejecución incluso inferior en algunas ocasiones, por lo que finalizado el turno, podía dedicarse a actividades diferentes, pues desde ese mismo momento sabía que regresaría hasta el siguiente día a trabajar; respecto a la bonificación pactada fue respetada durante toda la vigencia del contrato de trabajo, así como tenida en cuenta para el pago de aportes a seguridad social, señalando frente a la terminación del contrato que el trabajador prestó efectivamente su servicio hasta el 2 de noviembre de 2016 y la liquidación se le consignó el día 16 noviembre de 2016 cuando entregó las prendas, habiéndole informado MIGUEL FLORES el 2 de noviembre de 2016, sobre la terminación de su contrato de trabajo, oportunidad en la que también le indico que debía ir a la empresa por su liquidación en el viaje de regreso Muzo – Bogotá, además que la señora Liliana Castillo, se comunicó con él vía telefónica y le informo que de no asistir el 16 de noviembre de 2016, se le consignaría sus liquidación, en depósito judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de noviembre de 2018, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la sociedad demanda SEGURIDAD ORIENTAL LTDA, identificada con Nit No 830076099-6 y el señor BERNARDINO JULIAN JIMENEZ GUZMAN existió un contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 17 de enero al 11 de noviembre de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE parcialmente probadas las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO y BUENA FE DE LA DEMANDA, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la demanda SEGURIDAD ORIENTAL LTDA, identificada con Nit No 830076099-6 al reconocimiento y pago a favor del demandante BERNARDINO JULIAN JIMENEZ GUZMAN las siguientes cantidades de dinero y conceptos:

- a.) \$732.490 por salario correspondiente a los días 17, 18 enero y del 3 al 11 de noviembre de 2016.*
- b.) \$61.041.16 por cesantías.*
- c.) \$6.002.38 por interés a la cesantías.*
- d.) \$49.943 por prima de servicios.*
- e.) \$61.169 por compensación en dinero de las vacaciones.*
- f.) \$62.724 por indemnización art. 64 CST, debidamente indexada a la fecha de pago.*
- g.) Al pago de la indexación de la indemnización prevista en el Art. 64 del CSTSS, desde el momento en que se hizo exigible la obligación hasta que se efectúe el pago.*

CUARTO: ABSOLVER A LA PARTE DEMANDADA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR solidariamente responsable a MINERÍA TEXAS COLOMBIA SA de las obligaciones a cargo del empleador SEGURIDAD ORIENTAL LIMITADA y a favor del señor BERNARDINO JULIÁN JIMÉNEZ GUZMÁN, conforme la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada SEGURIDAD ORIENTAL LIMITADA y a la solidariamente responsable a MINERÍA TEXAS COLOMBIA SA. líquidense por Secretaría e inclúyanse como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$63.745 que deberá pagar cada una de las sociedades demandadas."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandante, interpuso recurso parcial de apelación en lo atinente a la falta de declaratoria del trabajo suplementario, la indemnización moratoria, la indexación y la fecha de terminación de contrato. Al respecto manifestó que se acreditó por parte del trabajador la obligación de permanecer por 20 días con disponibilidad en Muzo, ello conforme las cláusulas segunda parágrafo primero y cuarta del contrato de trabajo, la programación realizada el 15 de octubre de 2016, los interrogatorios de parte de las demandadas y el testimonio del señor Miguel Arturo Abella al admitir que aquél no podía salir y, por tanto, que estaba subordinado; debiendo en consecuencia reliquidarse la liquidación final para incluir dichas horas extras; insistiendo además, ante el pago incompleto y la no inclusión de los 11 días de salario, de la condena por la indemnización moratoria, pues fue tan sólo después de notificada la demanda que se le canceló la

indemnización por despido sin justa causa, por lo que no se advierte la buena fe que encontró el juez por el hecho de haber consignado lo que consideró deber. Así mismo, en relación con la fecha de terminación del contrato, precisa que fue el 16 de noviembre de 2017 cuando le fue entregada la comunicación y no el 11 de noviembre, ya que no se probó que esa fecha se hubiera acercado el trabajador a las instalaciones de la encartada. Y, hay lugar a la indexación de todas las sumas por no haberse acreditado la excepción de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandada, de manera conjunta, solicitó la confirmación del fallo de primera instancia al no haberse probado la labor de horas extras con ocasión a la supuesta disponibilidad alegada.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se circunscribe a establecer: **1)** la fecha de terminación del vínculo laboral existente entre las partes; **2)** si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de trabajado suplementario, por disponibilidad, durante todo el tiempo que tenía que permanecer en la mina de Muzo, aun luego de finalizada su jornada programada de labor diaria, esto es, por el tiempo durante el cual no prestó sus servicios personales pero permaneció en las instalaciones de la empleadora, y en caso afirmativo, si hay lugar a la reliquidación de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social que le fueron oportunamente reconocidos y cancelados; y **3)** si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria (Art 65 del CST) y la indexación de todas las condenas impuestas. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 A del CPTSS.

DEL VINCULO QUE ATÓ A LAS PARTES

No es materia de discusión en esta instancia por ninguna de las partes que entre ellas existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual comenzó el 17 de enero de enero de 2016, con ocasión del cual el demandante desempeñó como último cargo el de escolta, recibiendo como

último sueldo básico mensual la suma de \$689.455 más auxilio de transporte por valor de \$77.700 y una bonificación estadía permanente en complejo minero en cuantía de \$1.152.845, para un promedio mensual de \$1.920.000 circunstancias que igualmente se verifican, entre otros medios probatorios con la constancia laboral de folio 14.

Ahora, toda vez que el recurrente disiente del extremo final de la relación laboral declarado por el A quo (11 de noviembre de 2016), suficiente resulta señalar que le asiste razón al mismo, si se tiene en cuenta que tanto la sociedad empleadora como el propio demandante dejaron expresa constancia en la carta de terminación vista a folio 15 del paginario, que la misma no sólo fue elaborada el día 16 de noviembre de 2016, sino que apenas en esa fecha le fue comunicada al trabajador quien se mostró en desacuerdo con la anotación de que se tratara de una justa causa.

Y es que si bien la fecha de comunicación del fenecimiento del vínculo no siempre debe corresponder a la misma de la terminación efectiva, lo propio es que primero se informe al trabajador sobre tal determinación en la medida que la misma puede tener efectos desde ese mismo día o con fecha posterior, pero desde ningún punto de vista es admisible que sin haberse comunicado sobre el despido se contabilicen días de forma retroactiva, como aquí aconteció, donde encontrándose el señor BERNARDINO JIMENEZ disfrutando de los diez (10 días) de descanso obligatorio por haber culminado los veinte (20) días de labor al interior de la mina, la empleadora los desconociera, máxime cuando dicho descanso fue pactado entre las partes, de ahí que la falta efectiva de prestación de sus servicios desde el 2 de noviembre de 2016 y hasta cuando le fue entregada la carta de despido se halle plena justificada, no produciendo, por tanto, ningún efecto retroactivo la fecha que allí se consignó como efectiva de la terminación, por la potísima razón que esos días de descanso no podían serle desconocidos ante la causación que de ellos ya se había verificado por el trabajo ejecutado realmente durante la veintena. Amen de que tampoco se acreditó por las convocadas a juicio que le hubieran informado con antelación al 11 de noviembre de 2016 al demandante su decisión de finiquito del vínculo laboral.

De tal suerte, es del caso modificar la decisión del A quo en cuanto determinó que el extremo final del contrato de trabajo celebrado entre las partes fue el 11 de noviembre de 2016, para en su lugar señalar que lo fue el 16 de noviembre de ese mismo año, lo cual impone la modificación de la liquidación de prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa, incluyendo esos cinco (5) días.

DE LA RETRIBUCIÓN POR EL TRABAJO SUPLEMENTARIO -HORAS EXTRAS POR DISPONIBILIDAD- DURANTE LOS 20 DÍAS QUE MENSUALMENTE PERMANECÍA EL TRABAJADOR EN LA MINA

No es materia de cuestionamiento en la alzada que en la ejecución del citado contrato, al señor BERNARDINO JULIAN JIMENEZ su empleadora SEGURIDAD ORIENTAL LTDA, le reconoció y pagó las jornadas en las que éste efectivamente le prestó sus servicios personales y subordinados dentro de los turnos por ella programados, encontrándose el principal reproche de la censura encaminado a que se le remunerare bajo la figura de la “disponibilidad”, todo el tiempo que permanencia en la mina (20 días al mes), fuera de su jornada laboral programada por el empleador (8 horas diarias o menos), aun cuando no fue laborada efectivamente por él, y sobre esa base, las demás acreencias laborales reclamadas.

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

Por tanto, si el trabajador cuenta con la posibilidad de escoger la actividad que quiera realizar (personal, familiar, social, educativa, recreativa, de ocio o descanso, etc), por supuesto que el sólo hecho de estar en las instalaciones de su empleadora no comporta, *per se*, que ese tiempo sea constitutivo de la jornada y, en consecuencia, tenga que remunerarse, especialmente cuando allí tiene su alojamiento y alimentación, ello en la medida que conforme nuestra legislación laboral únicamente el trabajo efectivamente ejecutado es el que se reconoce y paga, tal y como así lo enseñan los artículos 23¹ del CST, al mencionar como dos de los tres elementos propios del contrato de trabajo, la prestación personal del servicio y la remuneración correspondiente como contraprestación por ese

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

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

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

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

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

Así las cosas, es dable concluir que no se encuentran inmersas dentro de la figura de la simple “disponibilidad” circunstancias tan especialísimas como la que aquí se plantea, donde pese a que en el contrato de trabajo se estipuló la posibilidad de restringir al trabajador su traslado fuera del alojamiento previsto en las mismas instalaciones de la sede laboral⁴, no por tal limitación se remunera el tiempo de su permanencia, pues se insiste, es necesaria la efectiva prestación de su servicio, o por lo menos

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

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

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

que se le requiriera para que estuviera con disposición de laborar en jornadas no programadas.

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

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

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

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

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

sino para que se reconociera que sí se presentó trabajo efectivo aunque de forma remota durante ese lapso, y de contera, su remuneración era procedente, es por lo que se reflexionó que no se trataba de una simple disponibilidad.

Aclarado lo anterior, descendiendo al caso en concreto, el Aquo no encontró demostrado que el demandante prestara sus servicios a la demandada en tiempo adicional al de las programaciones ordinarias para el turno que le correspondía, remitiéndose por consiguiente la Sala al análisis del material probatorio aportado que se reputa como mal apreciado, el cual se contrajo, de una parte, a la prueba documental contentiva del contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes (fls. 4-12) y la programación de turnos para el mes de octubre de 2016 (fls. 17-34). Y de otra, a la prueba declarativa consistente en los interrogatorios de parte absueltos por los representantes legales de las demandadas y el demandante así como del testimonio del señor MIGUEL ARTURO FLOREZ AVELLA.

En tal sentido, lo que se observa del contrato de trabajo es que las partes pactaron un periodo especial de trabajo de 20 días por 10 de descanso, precisando que la bonificación por la disponibilidad de tiempo completo de 20 días de trabajo por 10 de descanso cobijaba el trabajo suplementario y nocturno en los eventos de desplazamiento para trabajar en el complejo minero Conseción MTC en Muzo, esto es, que la dicha bonificación contemplaba la remuneración del tiempo que tardara el desplazamiento del trabajador a la Mina, expresando en cuanto a la jornada, que la misma correspondía a la ordinaria en los turnos estipulados (clausulas segunda par. 1º, cuarta y quinta), por lo que para este Colegiado es claro tanto el período de trabajo pactado por las partes como que la disponibilidad entendida por el empleador en dicho contrato la cual quiso remunerar con la bonificación correspondía a ese tiempo que éste invertía para llegar a la mina, y no por el que permanecía allí luego de finalizada la jornada o el turno programado, sin que la programación que conste en el informativo brinde certeza de una extensión de horas laboradas, ya que lo que de ella se lee es que no estuvo en los turnos A (de la mañana, 6am a 2pm) y B (de la tarde 2pm a 10pm) en un mismo día, sino que cumplió uno de ellos por día.

En la misma orientación, la prueba declarativa tampoco dio cuenta del trabajo suplementario realizado por el actor, y menos aun que su permanencia en el complejo minero una vez finalizado su turno correspondiera a “disponibilidad” que le debiera ser remunerada, pues todos fueron consistentes en indicar la programación de turnos así como las labores que debían ser desarrolladas por el actor pero durante dicha jornada, y si bien algunos de los compañeros de éste refirieron que en muchas ocasiones doblaron turno, lo cierto es que no supieron dar fe de su dicho, pues con algunos simplemente se cruzaba (uno empezaba y otro terminaba) y otros no supieron de las condiciones de tiempo, modo y lugar

en que el señor BERNARDINO prestó tales servicios con ocasión de la disponibilidad, precisando el nombre del jefe, la fecha, el frente o el turno.

En efecto, tratándose de los interrogatorios de parte, el representante legal de MTC lo único que admitió es que la sociedad SEGURIDAD ORIENTAL LTDA les presta servicios de seguridad en la mina tanto en superficie como bajo tierra e igualmente apoya en la ciudad de Bogotá, siendo que en la mina los inspectores trabajan turnos de 8 horas (de 6 a 2 y 2 a 10 de la noche), sin ningún tipo de trabajo extra, terminada su labor se retiran del lugar de trabajo a su sitio de descanso, por lo normal, en la misma región y como lo sugiere la ARL para los escoltas no pueden retirarse del complejo permaneciendo los 20 días ahí, luego de lo cual descansan 10 días fuera del mismo, es así como una vez terminado su turno se dedican a descansar en sus sitios de alojamiento. Entre tanto, la representante legal de SEGURIDAD ORIENTAL LTDA, en relación con el contrato celebrado con el actor, aceptó que durante 20 días laboraba y pernoctaba en el complejo minero, descansando 10 días fuera de allí, realizando turnos durante esos 20 días de 8 horas diarias, recibiendo un pago especial por la jornada especial al permanecer durante 20 días, sin tener disponibilidad permanente durante los 20 días al interior del complejo sino solamente durante el turno que le correspondía según la programación asignada, siendo que el reconocimiento de la bonificación consignado en las cláusulas del contrato hacía relación a la labor que desempeña Minería Texas de extracción de esmeraldas, encontrándose en una zona de alto riesgo, donde después de terminar el turno se pueden retirar a sus alojamientos pero, por su seguridad, no salir a los pueblos aledaños ante un eventual riesgo de ataque por los diferentes grupos que existen en la región; indicando que según la programación otorgada por la empresa Minería Texas el actor trabajó en turnos de 8 horas durante 20 días al mes durante el tiempo de su relación laboral y terminadas esas 8 horas realizaba otra actividad, existiendo 2 horarios discriminados así: de 6 a 2 y de 2 a 10. Y el señor BERNARDINO JULIÁN JIMÉNEZ GUZMÁN confesó que la empresa SEGURIDAD ORIENTAL LIMITADA le entregó los elementos de protección personal (busos, pantalones, botas de caucho, careta, casco, guantes), que durante toda la relación laboral recibió una bonificación mensual, tomada como factor salarial para el pago de sus aportes a la Seguridad Social, que estuvo afiliado a la ARL COLPATRIA, que se le hacían revisiones personales por escáner al salir de cada turno y que les estaba prohibido realizar fotografías del complejo minero y usar el celular durante el horario de trabajo.

Mientras tanto, los testigos narraron lo siguiente:

LUIS ELIECER PARRA MAYORAL, manifestó que trabajó para SEGURIDAD ORIENTAL de 2015 hasta el 13 de octubre del año 2016, con el actor fueron escolta inspector encargados de prestar seguridad en los frentes de trabajo en la mina, que el turno A) es de 6 am a 2 pm y el turno B) de 2pm a 9:00 pm y el turno C) era de 10pm a 6am al interior de la

mina, de domingo a domingo 20 días continuos sin retirarse de las instalaciones y luego en los 10 días restantes estaban de compensatorio en Bogotá, que en el alojamiento estaban disponibles de que los llamara el jefe encargado si tocaba hacer otro turno, en turno llegaban 15 minutos antes de las 5 esperando la orden del jefe de operaciones para que les indicara el punto de la mina en que laborarían, que ganaban lo mismo con el demandante, que los alimentos les eran suministrados en el casino en un horario determinado para no tener contacto con los obreros o con otro personal, que la orden de cierre era hasta las 12:30 una 1:30 dependiendo, pues esperaban a que saliera la producción, luego los americanos y por último el personal sobre las 2:30 o 3:00 de la tarde, sin que la hora de salida del frente fuera la de estar en superficie y después pasaban al escáner por una hora u hora y media, que durante los 20 días trabajaron turnos adicionales donde había un intervalo por ejemplo entre el turno A) y el C), que no salían del complejo minero por seguridad de ellos mismos, debiendo pedir permiso, alguna vez lo llamaron para hacer turno adicional, se cruzaban en los turnos pues mientras BERNARDINO iba entrando él iba de salida. Por su parte, **JOSÉ ÁNGEL OLARTE**, laboró para las demandadas del 25 de julio de 2015 hasta el 2 de octubre de 2016, fue compañero de escuadra, de campamentos y de turnos del demandante y por ello contó que en la mina había tres turnos, turno A, turno B y turno C, encargados de abrir toda la mina (17 puertas) otras veces uno iba para un solo frente, la seguridad que prestaban era para estar pendientes de que el obrero o el señor picador no fuera a extraer la esmeralda, ellos tenían la tula para que echaran ahí el producto, más o menos se quedaban de 6 a 7 horas no pudiendo salir hasta que los obreros lo hicieran, al salir a la bocatomina los estaban filmando y luego al escáner y diligenciar un formato llegando a almorzar tipo 3 de la tarde y después al campamento, podían hacer varios turnos que el casquinero, esto es, un supervisor de más rango programaba, salieron el 2 de noviembre y al otro día los citaron a Bogotá para decirles que la MTC no los quería allá entonces la empleadora hizo la carta de terminación, al contratarlos les dijeron que no podían hablar con nadie, y en sus tiempos de ocio se recreaban jugando en pradito ya que no salían del complejo, sin que tenga claridad sobre los turnos adicionales que hicieron, dentro del campamento iban al casino en unas horas establecidas, había un coordinador que era Miguel Flores quien los llevaba en carros blindados y a lo último en un bus de línea, muchas veces estaban en su hora de descanso y los requisaban y sabe que BERNARDINO no tuvo ningún llamado de atención ni suspendido ni nada. Por último, **MIGUEL ARTURO FLORES AVELLA**, relató que fue jefe del demandante, coordinador del proyecto donde él era escolta supervisor interno esto es, quien debía entrar al socavón y grabar con una cámara todos los procesos que se hacían allá, ellos entraban en la mañana o tarde, 8 horas o menos, el actor verificaba que los obreros no se robaran las esmeraldas lo cual hacía durante 20 días de trabajo por 10 días de descanso, bien en turno la mañana o en la tarde y luego se iba a su alojamiento a tomar alimentos y descansar, por temas de su seguridad y de la ARL no era aconsejable que fueran al pueblo (como

a 45 minutos de la mina) ya que casi todos tenían su residencia en Muzo, además la MTC solicitó el cambio de personal, incluido el trabajador, porque quieren tener completo control, sin tener conocimiento del monto real devengado por aquél, lo anterior lo sabe porque era quien recogía a los trabajadores cuando ya se iban a descansar, así mismo que el actor trabajaba al ritmo de los obreros quienes podían trabajar entre 3 y 5 horas, los turnos podían ser de mañana o tarde para que no repitieran el frente de trabajo y así no tener contacto con la misma persona, por lo que siempre eran rotados para que pasaran por todos los puestos, insistiendo que en el alojamiento llegaban a tomar sus alimentos, almuerzo o cena, otros lavaban sus overoles, hablaban con sus familias, podían ir a la tienda a comprar gaseosa u otras, sabiendo que no tenía que reemplazar otros turnos porque los trabajadores estaban completos y no se repetían turnos porque de todas formas las temperaturas son altas, siendo que el que programaba los turnos era Minería Texas directamente, turnos que en la mañana podían comenzar tipo 5:30 o 6:00, mientras se les hacía entrega de los precintos, candados y se sorteaba el frente, reiterando que el turno mas o menos era de 5 horas máximo 6 horas, sin que nadie llegara a trabajar más de 8 horas ya que las personas que se iban a descansar ya no se volvían a llamar para trabajar, como escolta inspector debía grabar con una cámara todos los protocolos, informando si alguien hizo un protocolo indebido, hacer seguimiento del producto, conociendo así la cantidad de producto que sale, los elementos de protección se le entregaban cada dos meses los filtros de la mascarilla y botas y guantes cuando presentaran rompimiento o deterioro, sin que nadie pudiera tomar fotos de la mina; en su función de transporte los llevaba de Bogotá a la mina y allí recogía a los que salían de descanso, a veces los supervisaba haciéndoles seguimiento no permaneciendo él los 20 días de servicio, se enteró del tiempo de labor diario por lo que los mismos trabajadores le informaban, además la tienda quedaba como a 200 metros de la mina, precisando que no es que no pudieran salir al pueblo sino que por seguridad de ellos no iban al pueblo, ello teniendo en cuenta que los inspectores eran los que cuidaban el material y por ese motivo los obreros les hacían propuestas a ellos y como la gran cantidad de obreros vivían en muzo podrían correr peligro sus vidas, por ejemplo si llegó a denunciar a un obrero de encontrarse con él correría algún riesgo, aclarando que los candados eran para la mina, pues era el mismo inspector el que entulaba el producto y transportaba las esmeraldas las presentada y con candado cerraba.

Corolario de lo anterior, resulta palmario para la Sala qué, si bien el demandante contaba con alojamiento y alimentación brindados por el empleador en el mismo lugar donde le prestaba sus servicios en el complejo “mina” no se probó dentro de esta actuación que le hubiera sido asignado y ejecutado turno de disponibilidad fuera de su jornada laboral, de modo tal que su permanencia en dichas instalaciones de ningún modo le representó la imposibilidad de desarrollar las actividades de descanso o recreación que podía adelantar dentro de dicha ubicación pese a su

limitación de desplazamiento por razones de su seguridad personal, máxime cuando él mismo confesó tal situación, esto es, que tanto el alojamiento como la alimentación quedaban dentro del mismo recinto, y de igual manera los testimonios informaron de espacios de descanso, recreación y alimentación en dichas instalaciones, no constando en el contrato la prohibición expresa de desplazamiento fuera del complejo, por lo cual, acogiendo la manifestación de las partes tal limitación obedeció a la decisión mutua de las partes, lo cual se colige ante la ausencia de prohibiciones, la falta de permisos elevados o autorizaciones negadas, entre otros tantos medios probatorios que podrían brindar certeza de que dicha limitación de desplazamiento era impuesta al trabajador con ocasión de las necesidades de la empresa para la eventual prestación de sus servicios cuando se le requiriera y no por razones de su seguridad al punto de traducirse en negación de sus libertades.

Así, dado que el promotor de esta actuación no acreditó la efectiva prestación personal del servicio fuera de su jornada laboral y menos aún que se le solicitara para que estuviera disponible ante cualquier requerimiento de su empleador durante el tiempo de su permanencia en las instalaciones de las demandadas, carga que le incumbía en atención al art. 167 del CGP⁸, al haber confesado que el tiempo por el efectivamente laborado le fue reconocido, no se advierten los yerros por él aducidos en cuanto a la apreciación de las pruebas aportadas dentro del plenario, ya que, del análisis de todas ellas, se arriba a la indefectible conclusión que fuera adoptada en el fallo atacado, razón por la cual se confirmará en tal sentido.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y DE LA INDEXACIÓN

Cuestiona la parte actora que el Juzgado de origen hubiese absuelto a las demandadas del reconocimiento y pago de la indemnización moratoria y se abstuviera de ordenar la indexación de todas las condenas impuestas.

Sobre el particular, habida cuenta que pretende el actor hacer énfasis en la conducta desplegada las demandadas al cancelar de manera incompleta

⁸ Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

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

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

e inoportuna por la liquidación final de prestaciones sociales, si bien es cierto que al momento de finiquito del vínculo laboral omitió incluir los días de descanso remunerado que el señor BERNARDINO había causado desde el 3 y hasta el 16 de noviembre de 2016, fecha esta última en que le fue entregada la carta de terminación del contrato de trabajo, así como los primeros dos días de trabajo, pues pese a haber iniciado desde el 17 de enero en la liquidación final contabilizó a partir del 19 de enero, lo cierto es que durante toda la duración del mismo le canceló lo que consideró deber en los montos y fechas acordadas, no reflejando por tanto la omisión en la inclusión de tales días una conducta que deje en evidencia su mala fe.

Y es que pese a que se le reproche la no contabilización en la liquidación final de prestaciones sociales de los dos primeros días de vigencia del contrato en los cuales el trabajador estuvo en capacitación (17 y 18 de enero de 2016), no puede pasarse por alto que éstos sí le fueron reconocidos como salario oportunamente de acuerdo a lo informado por el testigo FLOREZ AVELLA, quien era su jefe y como tal le costa que esos días usualmente son reconocidos, y respecto a la fecha efectiva de finalización del contrato, téngase presente que fue tan sólo a través de esta actuación judicial que se logró determinar a cuál correspondía, precisando que si bien desde el 3 de noviembre de 2016 no hubo prestación personal por parte del trabajador no por ello podía terminarse el vínculo desde esa fecha o en el lapso que estuvo disfrutando de su descanso.

En cuanto a la buena o mala fe del empleador ha de reiterarse lo precisado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, como en sentencia 46574 de fecha 19 de octubre de 2016 con ponencia del Doctor Gerardo Botero Zuluaga, cuando en lo relacionado con éste tema enseñó:

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

Del mismo modo, debe memorarse que la «buena fe» equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el

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

Por lo expresado, se confirmará la absolución impartida en primera instancia frente a esta sanción, generando, en consecuencia, la adición de dicha sentencia en relación con el pago indexado de todas las condenas impuestas por no haber sido objeto de reparación en ese sentido.

Recuérdese que la indexación para el pago actualizado de las obligaciones monetarias procede únicamente en aquellos casos en que la ley laboral no se haya ocupado de reconocer la compensación de perjuicios causados por la mora en su solución o de dar a esos créditos el beneficio del reajuste automático y regular en relación con el costo de la vida.

En tal orden de ideas, realizada la liquidación correspondiente por esta Sala donde se incluyen los 5 días adicionales a los declarados por el fallador de primera instancia se modifican los ordinales primero y tercero de la sentencia recurrida, en el sentido de indicar que para todos los efectos legales la fecha de terminación del contrato de trabajo celebrado entre las partes lo fue el 16 de noviembre de 2016 y que los conceptos por los cuales se impone condena ascienden a las siguientes sumas de dinero, todas ellas que deberán ser canceladas debidamente indexadas desde la fecha su causación y hasta la fecha de su pago efectivo:

- a. Por concepto de salario correspondiente a los días 17, 18 de enero y del 3 al 16 de noviembre de 2016: \$1.065.440.
- b. Por concepto de diferencias de cesantías: \$83.238
- c. Por concepto de diferencia de intereses a las cesantías: \$16.176
- d. Por concepto de diferencia de prima de servicios: \$99.885
- e. Por concepto de diferencia de vacaciones compensadas en dinero: \$40.000
- f. Por concepto de diferencia de la indemnización por despido sin justa causa: \$0.

DE LAS COSTAS

Atendiendo el resultado parcialmente favorable del recurso correrán a cargo de las demandadas. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales PRIMERO y TERCERO de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2018 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por BERNARDINO JULIAN JIMENEZ GUZMAN en contra de SEGURIDAD ORIENTAL LTDA y MINERIA TEXAS COLOMBIA SA., únicamente en el sentido de indicar que para todos los efectos legales la fecha de terminación del contrato de trabajo celebrado entre las partes lo fue el 16 de noviembre de 2016 y, que los conceptos por los cuales se impone condena ascienden a las siguientes sumas de dinero, todas ellas que deberán ser canceladas debidamente indexadas desde la fecha su causación y hasta la fecha de su pago efectivo:

- a.) Por concepto de salario correspondiente a los días 17, 18 de enero y del 3 al 16 de noviembre de 2016: \$1.065.440.
- b.) Por concepto de diferencias de cesantías: \$83.238
- c.) Por concepto de diferencia de intereses a las cesantías: \$16.176
- d.) Por concepto de diferencia de prima de servicios: \$99.885
- e.) Por concepto de diferencia de vacaciones compensadas en dinero: \$40.000
- f.) Por concepto de diferencia de la indemnización por despido sin justa causa: \$0.

Lo anterior de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas. Inclúyanse como agencias en derecho la suma total de \$1.400.000°° (\$700.000.00 para cada una). Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELASCO
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105038201700534-01

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

TEMA: Contrato de Trabajo – prueba de la prestación personal del servicio.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 17 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ORMINSO LOZADA FRASSER** en contra de **ORLANDO DÍAZ NEME**

ANTECEDENTES

ORMINSO LOZADA FRASSER instauró demanda ordinaria laboral en contra de ORLANDO DÍAZ NEME, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato verbal de trabajo vigente entre el 20 de febrero de 2013 y el 21 de febrero de 2015, el cual termino por justa causa imputable al empleador, sea condenado al pago de las dotaciones, las vacaciones, las primas de servicios, los aportes a la seguridad social, las cesantías, los intereses a las cesantías, la indemnización por no consignación al fondo de cesantías, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, la indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis afirmó que, se vinculó laboralmente el día 20 de febrero de 2013, desempeñó el cargo de oficios varios dentro del establecimiento de comercio denominado “Formas, volúmenes y madera”, su horario de trabajo era de lunes a sábado de 8:00am a 8:00pm,

devengaba un (1) SMLMV, no se le cancelaron las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, no se le afilió al sistema de seguridad social, y no se le canceló el valor correspondiente a los aportes a salud, pensión y riesgos profesionales (fls 1- 7).

CONTESTACIÓN

Notificada en forma legal la demanda, por auto del 20 de marzo de 2018 (fl 35) el Juzgado de conocimiento tuvo por contestada la demanda con el escrito presentado de folios 26 a 31 en donde el convocado a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó los hechos y propuso las excepciones de fondo que denominó como inexistencia de la relación contractual laboral e inexistencia de las obligaciones demandadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 17 de julio de 2019, resolvió absolver al demandado de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, sin costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley ninguna de las partes presentó alegaciones dentro del término concedido.

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

CONSIDERACIONES

El litigio gira en torno a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo verbal, en virtud del cual el demandante prestó sus servicios personales para el demandado en el establecimiento de comercio de propiedad de éste y, en consecuencia le asiste derecho en el reclamo de sus acreencias laborales.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO VERBAL DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO

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

de la segunda y mediante remuneración.”

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

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

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

Pues bien, en relación con la prestación personal de los servicios por parte del señor ORMINSO LOZADA FRASSER (q.e.p.d), en favor del demandado ORLANDO DIAZ NEME en su condición de propietario del establecimiento de comercio “FORMAS VOLUMENES Y MADERA”, le correspondía al actor demostrar la efectiva prestación personal de sus servicios para que operara en su favor la presunción del artículo 24 del CST, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que dice que desarrolló su labor en el cargo de oficios varios.

Al respecto, se remite la Sala a la valoración de las pruebas obrantes en el expediente, las que en materia documental se contrajeron exclusivamente a las dos citaciones realizadas por parte del señor ORMINSO LOZADA al aquí demandado ante la Inspección del Trabajo, a las cuales éste último no asistió (fls 11-12) y el fallo de tutela proferido el 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado 17 Municipal de Bogotá, en el que se tuteló el derecho de petición en favor del demandante ordenando al señor ORLANDO DIAZ NEME que diera respuesta a la solicitud de la expedición de un certificado laboral, sin que milite constancia en el expediente del cumplimiento de dicha decisión (f 14-17), documentos que así vistos de ningún modo brindan certeza de la prestación efectiva de los servicios por parte del libelista en favor del convocado a juicio.

Otro tanto acontece en relación con la prueba testimonial recibida en el curso de

la actuación pues los declarantes tenían vínculo familiar y consanguíneo con el actor no habiendo tenido conocimiento directo de la forma en la que aquél desarrollaba la labor, enterándose por lo que les contaba y lo que vieron cuando lo visitaban los días sábados en el establecimiento de comercio de propiedad del demandado, es así como la señora **MARTHA LUCIA SAINEA** relató conocer al demandante hacía 25 años además que era la novia del hijo del demandante, y en tal condición frecuentaba el barrio la Granja, cerca al lugar donde el aquél trabajaba, lo visitaba cada 8 días, los días sábados, y por eso sabe que el pago era quincenal por desempeñar el cargo de oficios varios entre 2013 y diciembre de 2016, instalando puertas o cocinas integrales, lo cual le consta porque a veces iban a buscarlo a la fábrica y los otros empleados de ORLANDO decían que ORMINSO se había ido a instalar, ayudaba a cargar la herramienta y a sostener muebles, cocinas, etc., además ORMINSO les contaba las actividades que hacía en el horario de lunes a sábado de 8 a 8, desconociendo cuánto ganaba, habiendo dejado de trabajar porque ORLANDO le dijo que no volviera, sin motivo alguno, sin cancelarle salud; mientras que **ALEJANDRO LOZADA UYABAN**, hijo del demandante precisó que entre febrero 2013 y diciembre 2016, su señor padre dedicaba a colaborarle a Orlando en la instalación de puertas, cocinas, closet, en el horario de 8 am hasta 8 pm, se iba con Orlando a instalar puertas cocinas en las obras, lo cual le consta porque iba a la fábrica y allí le contaban que ORMINSO se había ido instalar con ORLANDO siempre andaban juntos, los sábados trabajaba hasta las 5 de la tarde lo que sabe porque iba a visitarlo y lo llamaba permanentemente, además el salario era el mínimo, sin que le pagaran prestaciones, ni horas extras, ni seguridad social, habiéndose enterado que su papa se quedó sin empleo por lo que éste le contó, y en cuanto a salud, como era sordo, lo atendía capital salud.

Ahora, en lo que interesa a la declaratoria de confeso del demandando de la totalidad de los hechos de la demanda, por su inasistencia a absolver interrogatorio de parte el día 17 de julio de 2019, basta precisar que por tratarse de una prueba indiciaria resulta insuficiente para declarar la existencia de contrato en los términos solicitados en el escrito genitor, habida cuenta que analizada en conjunto con los demás medios probatorios conforme lo enseña el artículo 61 del CPTSS no brinda certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante prestó sus servicios personales, máxime cuando los mismos fueron negados tajantemente al dar contestación a la demanda y, en todo caso, tampoco guardan coherencia, de una parte, con el dicho de los testigos respecto al extremo final de la relación y la forma de terminación y, de otra, con las pretensiones declarativas y condenatorias formuladas, al punto que no es posible determinar si el fenecimiento fue el 21 de febrero de 2015 o el 28 de diciembre de 2016 y si obedeció a la voluntad del presunto empleador o del trabajador, como bien lo concluyera el A quo.

Así las cosas, dado que el promotor de esta actuación no satisfizo el presupuesto mínimo e indispensable de prestación de servicios al demandado en los términos por él indicados, para que operara en su favor la presunción contemplada en el artículo 24 del CST y se trasladara a aquél la obligación de desvirtuar las condiciones en que el contrato laboral se ejecutó, en tanto las solas manifestaciones que en tal sentido efectuó se muestran insuficientes para los

anotados fines, al soportar la carga de la prueba de que trata el artículo 167 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por autorización de los artículos 40, 48 y 145 del CPTSS, es del caso confirmar la decisión absolutoria objeto de grado jurisdiccional de consulta.

Sobre la carga probatoria se ha ocupado la doctrina asentada de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al precisar que no debe creerse que todo aquel que se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se configure una relación de trabajo, como lo serían la fecha de ingreso y retiro, salario, cargo, jornada etc, y así lo ha determinado el Tribunal de cierre en decisión No. 36549 de agosto 5 de 2009 MP Luis Javier López Osorio, cuando señaló: *“Esta presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias. Le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementarios si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros...”*

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 17 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. La absolución de primera instancia se confirma.

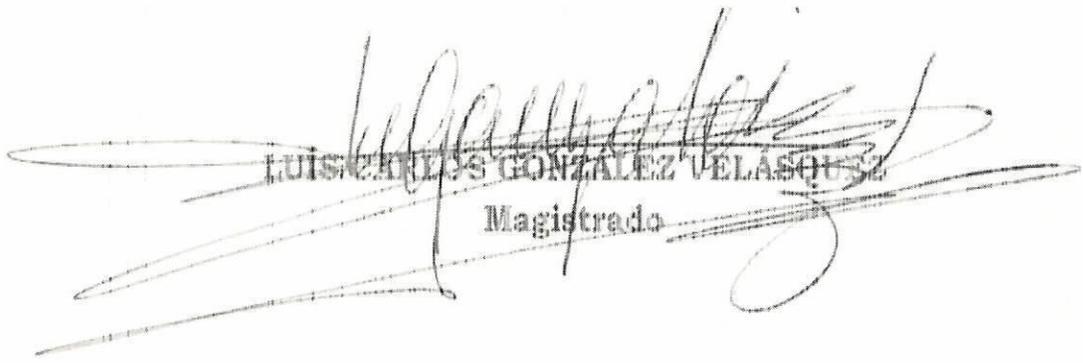
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105017201600246-02

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

SENTENCIA

TEMA: Contrato realidad- prueba subordinación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2019 por el Juzgado Diecisiete del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARCO FIDEL RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ** en contra de **TELMEX COLOMBIA S.A**

ANTECEDENTES

MARCO FIDEL RODRIGUEZ GUTIERREZ, promovió demanda ordinaria laboral contra TELMEX COLOMBIA S.A, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 5 de enero de 2011 y el 31 de mayo de 2014, cuando terminó de forma unilateral y sin justa causa imputable al empleador, se condene a dicha sociedad al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, el valor de los aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud, en el porcentaje que correspondía efectuar a TELMEX S.A en su verdadera condición de empleador, las indemnizaciones por despido sin justa causa, por la no consignación de las cesantías a un fondo y la moratoria, y las costas del proceso. De manera subsidiaria, al pago de la indexación.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que prestó sus servicios personales a TELMEX COLOMBIA S.A desde el 5 de enero de 2011 hasta el 31 de mayo de 2014, desempeñó el cargo de

asesor- diseñador gráfico, realizó las funciones en la sede de la empresa, se vinculó a través de sucesivos contratos de prestación de servicios personales cumpliendo un horario laboral, recibía órdenes directas, se le exigía prestar el servicio en las instalaciones de la empresa, acataba los reglamentos y correlativamente los Directivos de TELMEX COLOMBIA S.A ejercían una potestad disciplinaria cuando dichos reglamentos no eran cumplidos, prestó su servicio cumpliendo sus labores con los elementos que TELMEX S.A le proporcionaba, devengó las siguientes sumas de dinero: i) 2011: \$1.685.000, ii) 2012: \$2.500.000, iii) 2013: \$2.717.523, iv) entre enero a mayo de 2014: \$2.717.523, nunca le reconoció ni pagó las vacaciones, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, tampoco le efectuó los aportes para la seguridad social, el 31 de mayo de 2014 la relación entre las partes terminó por decisión unilateral de TELMEX S.A, razón por la cual realizó reclamación la cual fue respondida el 7 de noviembre de 2014. (Fls 14-13, Sub 126-134).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación con escrito de folios 160 a 176 en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, excepto que la relación laboral terminó por decisión unilateral de TELMEX S.A y la solicitud con su respectiva respuesta. Propuso las excepciones que denominó como: inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de subordinación laboral, falta de causa material, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago, prescripción y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de febrero de 2019, resolvió declarar probadas las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo e inexistencia de subordinación, propuestas por la demandada TELMEX COLOMBIA S.A, Declaró no prospera la tacha de sospecha propuesta a la testigo MARIA DEL PILAR PARRA TIRADO, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor MARCO FIDEL RODRIGUEZ GUTIERREZ, y condenó en costas al demandante incluyendo agencias en derecho por el valor de \$250.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación para que se revoque y en su lugar se concedan las pretensiones, pues si bien es consciente que hay una presunción ficta de los hechos que se plasmaron en la contestación de la

demanda, logró derruir esa confesión, toda vez que probó la subordinación, contrario a lo indicado por el Juzgado, quien valoró los documentos en donde el demandante expone que no está sujeto a ningún tipo de subordinación y que por lo tanto es autónomo en sus tareas, en su actividad técnica o científica, cuando en realidad son situaciones formales en los contratos de prestación de servicio, tampoco está de acuerdo con la afirmación de que la señora María Parra fue una testigo de oídas a la que no le constaban los hechos, ya que la misma apreció directamente las órdenes, que en un tablero aparecían todas las instrucciones y el horario, declaración que no se desvirtúa por el tiempo que duró esa persona trabajando, además las funciones que tenía el señor Marco Fidel en TELMEX siempre fueron las mismas (diseñador gráfico), renovándose bajo las mismas condiciones, y si el Juez encontró que no eran los años que se plasmaron en la demanda sino unos más cortos debió declarar la relación laboral de ese periodo (SL-44816 de 2015); así mismo, el testimonio de la señora Marly Jazmin tampoco presentó contradicciones respecto del Jefe, siendo que la testigo de la parte demandada no fue más allá de indicar que hubo una formalidad de unos contratos de prestación de servicios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley ninguna de las partes se pronunció.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se circunscribe a establecer si entre las partes se verificó la existencia de una relación regida por un verdadero contrato de trabajo y, en caso afirmativo, los extremos temporales del mismo, cargo y salario del demandante, si feneció por causa imputable al empleador y si le asiste el derecho a éste al reconocimiento y pago de los derechos reclamados.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO

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

subordinación de la segunda y mediante remuneración.”

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

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

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

Aclarado lo anterior, toda vez que la sociedad demandada se opuso a las pretensiones del libelista indicando que la verdadera relación que existió entre ellos fue de carácter civil y estuvo precedida por varios contratos de prestación de servicios de asesoría de diseño gráfico, en el cual él actor era autónomo, sin ningún tipo de subordinación, es por lo que necesario se muestra, en primer término, determinar si aquél cumplió con su carga probatoria de demostrar la prestación personal de sus servicios en favor de TELMEX COLOMBIA S.A., para luego sí verificar, sólo en caso afirmativo, si ésta última desvirtuó el elemento de la subordinación, remitiéndose la Sala, para el efecto, a la valoración del elenco probatorio obrante en el informativo.

Pues bien, de folios 23 a 54 y 180-207, obran los contratos de prestación de servicios junto con un otrosí, en donde el señor MARCO FIDEL RODRIGUEZ GUTIERREZ se obligaba de manera independiente y con plena autonomía profesional, técnica, artística y administrativa, utilizando sus propios medios capacidades y recursos humanos y económicos, sin ningún tipo de subordinación de carácter laboral, a prestar de forma

independiente unos servicios de asesoría en actividades de DISEÑADOR GRÁFICO, para lo cual se comprometía a entregar un mínimo de programas o capítulos, contar con su equipo personal de computo, entre otras. Contratos discriminados así: **1.)** Por doce meses desde el 1º de marzo de 2011, **2.)** Por doce meses desde el 1º de marzo de 2012 y **3.)** Por doce meses desde el 1º de marzo de 2013, prorrogado por seis meses más.

Prestación de servicios cuyo cumplimiento quedó acreditado con las constancias que en tal sentido expidió la demandada las cuales eran aportadas con las cuentas de cobro y los soportes de pago de las planillas de seguridad social obrantes de folios 59 a 72, 88 y 208 a 240 por parte del demandante, cuyos pagos se verifican le fueron efectuados según extractos bancarios de su cuenta vistos de folios 91 a 123.

Bajo tal entendido, como quiera que no existe discusión en la alzada de la prestación de los servicios personales del señor MARCO FIDEL RODRIGUEZ en favor de la demandada como diseñador gráfico, lo cual no sólo fue admitido en la contestación de la demanda sino corroborado también con la documental antes señalada, el registro fotográfico de folios 74 a 80 y la prueba testimonial, correspondía a dicha sociedad desvirtuar que en el desarrollo de tal actividad se presentó el elemento de la subordinación.

Al respecto, advirtiendo la Sala que la censura encausó su reproche frente a la decisión absolutoria de la sentencia, a la valoración probatoria realizada por el A quo a los testimonios y el alcance que le otorgó a la confesión ficta que recayó sobre el demandante por su inasistencia a absolver interrogatorio de parte en los términos del artículo 205 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPTSS, es por lo que se remite a la referida prueba declarativa, así:

ANA ISABEL RAMIREZ YANEZ, indicó que es Jefe de planeación de contenidos de la demandada, en donde maneja la parte administrativa y financiera y por esa razón sabe que el demandante prestó sus servicios de graficación desde el año 2011, que Telmex en su área de nuevos medios maneja 5 canales propios una revista y mensajes, habiendo prestado del actor sus servicios como graficador (hace las piezas gráficas que salen en la pantalla) en el área de nuevos medios, área "In House", en canales propios, de ahí que sepa que los contratos por el suscrito eran de prestación de servicios algunos prorrogados con otros sí; no sabe si el demandante cumplía horario, acataba órdenes y si elevó reclamaciones, pero sí que el contrato terminó anticipadamente razón por la que se le pagó un mes adicional conforme a la cláusula allí pactada, precisando que en In House el jefe era Jorge Concha mientras que la jefe de contenido era la señora Silvia Zuluaga, además que para certificar si el demandante cumplía con el objeto del contrato era el señor Jorge Concha quien así lo hacía constar debiendo el actor cancelar los pagos al sistema general de Seguridad Social, en el valor de los honorarios se le realizaban igualmente

deducciones por retefuente y reteica, habiendo el actor presentado la oferta para la contratación y aceptado la modalidad del mismo antes de suscribirlo, oportunidad en la que se le informó sobre sus obligaciones y derechos no teniendo que cumplir con el reglamento interno o el manejo de datos. Entre tanto, **MARÍA DEL PILAR PARRA TIRADO**, manifestó que inició a laborar en TELMEX en el año 2012 donde permaneció por alrededor de un año como hasta marzo de 2013, habiendo conocido allí al actor, era ella quien certificaba los 5 canales y él le hacía toda la pauta comercial a esos canales, por tanto tuvo conocimiento que aquél se desempeñó como diseñador gráfico haciendo brochures en el área in House, en la que Mario Freud era el director, quien en un tablero coordinaba lo que tenía que hacer el equipo, tablero que veía constantemente porque estaba cerca de su lugar de trabajo. En cuanto a las condiciones de trabajo del libelista, señaló que ella tenía un horario de 2 pm a 9 pm sin embargo se enteró, por lo que éste y demás compañeros le informaron, que el horario que él cumplía iniciaba máximo a las 9 am y a veces se quedaba hasta las 6 pm, de lunes a viernes, las órdenes se las impartía Mario Freud lo cual le consta porque lo vio diciéndole que tenía que hacer una pauta un brochure y algunos cambios, sabe que Mario Freud cambiaba a veces la programación y por eso chocaban y discutían con MARCO porque de pronto no tenía la tarea que necesitaba o porque Mario le pedía otra cosa y le tocaba cambiar siempre contando con ellos, sin haber observado que le hiciera llamados de atención de manera escrita, en relación con el tablero “tráfico” allí se asignaban las tareas de cada uno de los integrantes del equipo, esto es, las estrategias con fechas, consistiendo las ordenes en fechas para entregar el producto sin recordar una en particular, lo veía todos los días en el escritorio con el computador y demás elementos de trabajo que le eran entregados por Telmex, cuando ella llegaba a las 2:00 pm el equipo ya había almorzado, por lo que desconoce si existía algún horario previsto para esa actividad pues cada cual coordinaba su trabajo y conocía su responsabilidad, tampoco cuánto le pagaban pero sí que hacía una cuenta de cobro a la cual le allegaba un informe de lo producido durante el mes junto con los comprobantes de pago de la Seguridad Social, menos aún si Telmex lo capacitó, si le impuso alguna sanción económica o disciplinaria, si recursos humanos lo llamó o lo requirió. Y finalmente, **MARLY JAZMIN MALDONADO ORDUZ**, comentó que es publicista, trabajo del 17 de marzo a diciembre de 2014 con Telmex y allí conoció al actor desde que ingreso pues trabajaron juntos ya que ellos fueron dupla (redactor y director de arte) hasta cuándo terminó el contrato de aquél el 30 de mayo de 2014, todos los que trabajaban en el área se vinculaban mediante contrato de prestación de servicio, desconociendo el contenido del contrato del señor MARCO, tenían asignado un jefe, trabajaban de lunes a viernes de 9 de la mañana a 5 de la tarde, recuerda que una vez el demandante llegó como a las 10:00 am y el señor Fernando Solórzano lo llamo aun cuando no sabe de qué hablaron pues las charlas eran privadas, a veces el actor se iba antes que los demás porque terminaba sus funciones lo cual causaba desacuerdo entre los jefes, él a veces estaba todo el tiempo dependiendo de la cantidad de

trabajo pero si terminaba no tenía problema en irse, desconociendo igualmente bajo qué modalidad estaba afiliado al sistema de Seguridad Social pero sí que fotocopiaba los comprobantes de pago del sistema de Seguridad Social y junto con la cuenta de cobro los presentaba al señor Mario, quién no era su jefe inmediato sino que lo era el señor Fernando Solórzano, tampoco sabe cuánto le pagaban mensualmente, aclara que en el tablero ellos estaban ubicados por nombres y tenían unas fechas específicas para las promos, donde estaba asignado un tráfico diario de lo que hacían entre las 9 y las 5, es decir, las actividades eran diarias pero el cuadro era semanal; Francisco Solórzano, Mario Freud y Jorge Concha vigilaban el cumplimiento del contrato sin haber visto discusiones entre Mario y MARCO, sabiendo que Francisco Solórzano era el jefe porque era quien supervisaba el trabajo y estaba pendiente de lo que ellos hacían, no obstante quien firmaba la prueba del cumplimiento era la señora Silvia dando un simple visto bueno no detallado de lo que él hacía, los diseñadores gráficos tenían asignado un equipo Mac el cual era suministrado por la empresa mientras que a los redactores se les entregaba un portátil, teniendo el demandante un puesto de trabajo, sin que se hubiera percatado de llamados de atención o requerimientos de recursos humanos efectuados al señor MARCO o presenciado conversaciones o reclamaciones de éste sobre su vínculo laboral o pago de prestaciones sociales.

Prueba testimonial que examinada en su conjunto lejos de brindar certeza a este Colegiado del carácter dependiente y subordinado del promotor de esta actuación en la ejecución del contrato de prestación de servicios, lleva a concluir lo contrario, en la medida que si bien es cierto la señora ANA ISABEL RAMIREZ YANEZ no fue testigo presencial de la forma en la que el señor MARCO FIDEL desarrollaba su labor, tanto las testigos MARÍA DEL PILAR PARRA TIRADO como MARLY JAZMIN MALDONADO ORDUZ, durante el tiempo que compartieron sede con el demandante, fueron coincidentes en señalar que pese a que éste acudía todos los días a las instalaciones de TELMEX, donde tenía un lugar adecuado para adelantar el objeto contractual con los elementos que dicha sociedad le proporcionó como un computador MAC, lo cierto es que la gestión que adelantaba de manera diaria no estaba condicionada al cumplimiento de un horario, al punto que si la acababa antes de los demás o de las 6:00pm -lo cual podía suceder a las 5:00 pm- se retiraba sin necesidad de pedir permiso, aun cuando ello causara malestar a quienes supervisaban su labor, no teniendo conocimiento ninguna de ellas que tal situación le hubiese generado llamados de atención o requerimientos, desconociendo en todo caso lo que pudieron haber conversado las partes el día que les consta que llegó a las 10:00 de la mañana; amén de que tampoco les consta que hubiera tenido que solicitar permisos. En la misma orientación el hecho de tener un tablero en donde se programaban las actividades semanales de ninguna manera comporta la imposición de órdenes, si se tiene en cuenta que, según el mismo dicho de las deponentes, tal diligenciamiento se adelantaba con la participación de los integrantes del equipo, siendo

entonces una programación coordinada y no decidida únicamente por la convocada a juicio, quedando en evidencia la autonomía del contratista cuando se informa, por parte de una de ellas, que no era su deseo atender sin reparo alguno los cambios o solicitudes que en el transcurso del vínculo le pudieran efectuar quienes supervisaban su contrato, ya que controvertía y discutía de manera constante los mismos, conducta que no es propia del poder subordinante que le asiste a los empleadores en ejercicio del ius variandi, de ahí que al haberse adjuntado por el propio actor certificación del cumplimiento del contrato no quede alternativa para esta Sala entender que lo fue en los términos pactados por ambas partes, circunstancia que analizada en contexto con la declaratoria de confeso sobre los hechos sustento de las excepciones de mérito descritas en la contestación de la demanda, a saber la inexistencia de subordinación laboral.

Últimamente, en relación con las comunicaciones vía correo electrónico vistas de folios 83 a 86, no se les puede dar credibilidad, porque el documento por sí sólo no se presume legal en la medida que debe establecerse su fuente, integridad y conservación como lo prevé la ley 527 de 1999 artículo 11, careciendo de validez, y en cuanto a los documentos de folios 80 a 82, al no estar dirigidos al señor MARCO sino consistir en comunicados generales no comprometen la responsabilidad de la demandada respecto de ordenes o requerimientos a él impartidos.

No se trata por ende de estudiar de manera separada las pruebas recaudadas al interior del proceso sino en todo su conjunto, por lo que no es dable acoger el planteamiento de la parte recurrente.

Como consecuencia de lo anterior, dado que las pruebas dan al traste con la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, al desvirtuarse la subordinación jurídica, entendida ésta como el deber de los trabajadores de acatar las órdenes e instrucciones que le impartan sus superiores jerárquicos dentro del marco de obligaciones del contrato, lo procedente es confirmar la sentencia apelada

Recuérdese que la doctrina asentada de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha precisado que no debe creerse que todo aquel que se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se configure una relación de trabajo, como lo serían la fecha de ingreso y retiro, salario, cargo, jornada etc, así lo determinó el Tribunal de cierre en decisión No. 36549 de agosto 5 de 2009 MP Luis Javier López Osorio, cuando señaló: *“Esta presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias. Le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementarios si*

lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros...”

Dicha corporación también ha puntualizado de cara a la subordinación, que el mismo es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019) pues en efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, *«faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»*. Tanta es la relevancia de este elemento, que se puede entender como la causa misma del contrato de trabajo, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”.

DE LAS COSTAS

Ante el resultado desfavorable del recurso de apelación corresponde imponerlas a la parte recurrente. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2019, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por MARCO FIDEL RODRÍGUEZ GUTIERREZ en contra de TELMEX COLOMBIA S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

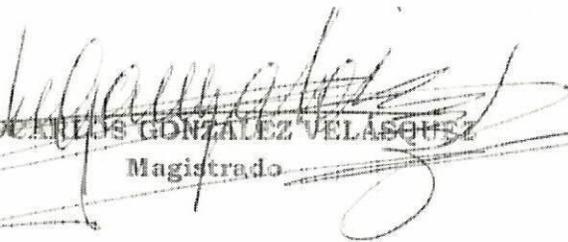
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105010201800121-01

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

TEMA: PRESTACIONES SOCIALES (PAGOS REALIZADOS EN VIGENCIA DEL VINCULO) E INDEMNIZACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **HERNANDO CORZO** en contra de la **CEKAED SECURITY LTDA**

ANTECEDENTES

HERNANDO CORZO, promovió demanda ordinaria laboral contra CEKAED SECURITY LTDA, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato laboral de obra o labor contratada vigente del 13 de junio de 2015 al 17 de marzo de 2017, el cual terminó por renuncia voluntaria, sea condenada al reconocimiento y pago de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios causadas durante toda la relación laboral, así como las vacaciones del año 2017, la sanción por no consignación de las cesantías, la sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria, la indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis manifestó que, celebró un contrato laboral de obra o labor el día 13 de junio del 2015, inició sus labores a partir de dicha fecha hasta el 17 de marzo de 2017, se desempeñó en el cargo de guarda de seguridad, tuvo como jefe inmediato al señor Alexander Rojas Trujillo coordinador de la zona y Graciela Alonso Moya jefe de personal, cumplió las labores encomendadas, renunció

voluntariamente el 17 de marzo de 2017, su horario era de 12 horas en jornada diurna durante 4 días consecutivos y 12 horas en jornada nocturna durante 4 días consecutivos, con 2 días de descanso, es decir que durante el mes laboraba 24 horas extras diurnas y 24 horas extras nocturnas, más 96 horas con recargo nocturno, el salario promedio devengado mensualmente para el año 2015 era de \$1.001.798, para el año 2016 era de \$1.070.472 y para el año 2017 era de \$1.145.452, su salario se pagaba mensualmente a través de consignación en cuenta de ahorros de la entidad financiera BANCOLOMBIA, no le entregaron los desprendibles de pago de nómina de tal forma que no tuvo conocimiento de lo que devengaba por salario, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos y las deducciones, no le pagaron las cesantías, los intereses por cesantías y prima de servicios, no disfrutó de vacaciones ni le fueron pagadas y no se le consignaron las cesantías a un fondo (fls 20-26)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación con escrito de folios 64 a 69 en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la celebración del contrato de trabajo, la fecha de inicio y terminación, el cargo, sus jefes inmediatos, el desarrollo y cumplimiento de sus labores, la renuncia voluntaria, el horario, el salario que devengaba y la forma de pago. Propuso la excepción de cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 29 de agosto de 2019, resolvió: declarar la existencia del contrato de trabajo de obra o labor contratada del demandante HERNANDO CORZO y la demandada COMPAÑIA DE SEGURIDAD CEKAED SECURITY LTDA entre el 13 de junio de 2015 y el 17 de marzo de 2017 el cual finalizó por renuncia del trabajador en el cargo de guarda de seguridad, cuyos salarios mensuales fueron: año 2015 \$1.001.798, año 2016: \$1.070.472 y año 2017 \$1.145.452; condenó a la demandada a cancelar al señor Hernando Corzo los siguientes valores: cesantías: \$1.646.222, intereses a las cesantías: \$197.546, prima de servicio \$1.646.222, vacaciones: \$886.134, sanción por no pago de intereses a las cesantías: \$197.546, indemnización del art 99 de la ley 50/90 la suma de \$13.199.095, indemnización art. 65 CST entre el 17 de marzo de 2017 al 17 de marzo de 2019, liquidada sobre salario de \$1.145.452 con salario diario de \$38.181 corresponde a la suma de \$27.490.848 y deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria a partir de la iniciación del mes veinticinco hasta cuando el pago se verifique; y, condenó en costas a

la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la sociedad demandada interpuso recurso de apelación en procura de que sea revoque íntegramente, por cuanto pudo demostrar los pagos realizados de buena fe al señor Hernando Corzo, tanto con los comprobantes de nómina mes a mes como con los extractos bancarios que no fueron tachados, así como el acuerdo de voluntades que se celebró entre las partes para el pago de la liquidación de prestaciones sociales, además existe una carta del 24 de septiembre del año 2015 donde el señor Hernando Corzo solicitó a la empresa que su sueldo le fuera cancelado como sueldo integral, es decir, para que su liquidación de prestaciones sociales se le cancelara mes a mes y no porque su salario superara o igualara los 10 SMLMV; de otra parte, si bien hay diferencias entre los desprendibles de nómina, los de horas extras, la programación y los pagos que se realizaron no por ello se debe desconocer el pago que se realizó por parte de la empresa, tratándose de un error aritmético que no puede tomarse como un no pago de acreencias laborales pues se quebrantaría el principio de legalidad, habiéndose demostrado la buena fe de la empresa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, únicamente se pronunció la parte demandante insistiendo en el pago de las indemnizaciones solicitadas teniendo en cuenta que, conforme al orden cronológico de los hechos, no se ajustan las omisiones en el pago de las acreencias a las justificaciones planteadas por la pasiva, concluyendo que ha de condenársele por el pago de las mismas.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a esta Sala establecer si había o no lugar a fulminar condena respecto del pago de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicio, las vacaciones compensadas en dinero causadas en vigencia del vínculo laboral así como las indemnizaciones previstas en los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y 65 del CST, en atención al alcance de la

apelación presentado por el apoderado de la parte demandada, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), .

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES Y DE LAS VACACIONES COMPENSADAS EN DINERO

Se duele la censura de las condenas que por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones compensadas en dinero le fueron impuestas en la sentencia de primera instancia, ello con el argumento que cualquier diferencia en las sumas de dinero que canceló al demandante no dan lugar al pago de tales acreencias, sobre todo cuando las mismas le iban siendo reconocidas mes a mes por expresa solicitud suya, conforme lo expuso en la carta de fecha 24 de septiembre de 2015, cuando petitionó que si era posible su sueldo le fuera cancelado como sueldo integral.

Pues bien, toda vez que no es objeto de discusión en la alzada la existencia del vínculo laboral entre las partes que encontró demostrado la A quo, como tampoco los extremos temporales, el cargo desempeñado y el salario devengado durante cada anualidad (2015 a 2017), en lo que interesa al reconocimiento y pago de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios y el otorgamiento de las vacaciones, o en su defecto, el pago compensado de las mismas, por sabido se tiene que quien soportaba dicha carga probatoria era la sociedad empleadora, quien no la satisfizo.

En efecto, sea lo primero precisar que si bien es cierto en los comprobantes de pago de nómina de octubre de 2015 a marzo de 2017 se ve reflejado un pago por el concepto denominado **“liquidación del mes”**, de ningún modo puede considerarse dicho pago como un abono de las prestaciones sociales ya referidas causadas durante la toda la relación laboral, por la potísima razón que la ley expresamente es la que regula los períodos en los que debe efectuarse el pago de las cesantías (Art. 249 CST y ART. 99 de la Ley 50 de 1990 -1ª y 4ª), los intereses a las cesantías (Art. 99 de la Ley 50 de 1990 -2ª), las primas de servicio (Art. 306 del CST) y concederse las vacaciones (Arts. 186, 187 y 189 del CST), de ahí que al tratarse de normas de orden público no puedan ser desatendidas por las partes, ni siquiera por el propio trabajador al punto de la ineficacia de cualquier estipulación en contrario y, por supuesto, de la renuncia que de tales derechos éste haga (Arts. 13, 14, 16 y 340 del CST)

Bajo tal entendido, en ningún desacierto incurrió la falladora de primera instancia cuando dispuso el reconocimiento y pago de dichas prestaciones, habida cuenta que no le era permitido al empleador sufragarlas en fecha distinta a la establecida en la ley, la cual para las cesantías y sus intereses tenía corte al 31 de diciembre de cada año, debiendo consignarse las cesantías al fondo antes de 15 de febrero del año siguiente y los intereses pagarlos directamente al 31 de diciembre de cada año laborado, las primas

de servicio el último día de junio y en los primeros 20 días de diciembre a quien trabajo todo el respectivo semestre, y en todo caso, cancelar tales prestaciones proporcionalmente al tiempo trabajado. Pudiendo evidenciar esta Sala que el pago realizado en diciembre de 2015 bajo el concepto denominado "LIQUIDACIÓN PREST.SOC JUN A SEPT/15" (fls 86 y 97), tampoco puede ser tenido en cuenta, por idénticas razones a las ya expuestas, esto es, no cubrió el pago que debía cancelar (3er trimestre de 2015) ni menos aún del período laborado hasta la fecha de la liquidación correspondiente al segundo semestre de 2015 como era lo debido respecto a las primas de servicio y los intereses a las cesantías, ya que se insiste, las cesantías debía consignarlas a un fondo so pena de perder lo pagado (Art 254 del CST).

Así las cosas, como quiera que la norma que faculta la posibilidad de compensar de antemano el valor de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o dominical y festivo, primas legales, extralegales, cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie, además del trabajo ordinario, es el Artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, el cual permite a las partes que en ejercicio de la autonomía negocial acuerden un sistema mixto de pago, dicho ordenamiento también exige que en tal evento la modalidad adoptada se ajuste a los requisitos legales mínimos, circunstancia que en el *sub lite* no acontece, ya que tal compensación sólo está contemplada para cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que no era la percibida por el señor HERNANDO CORZO, de ahí que en acatamiento del principio de inescindibilidad pueda fraccionarse el contenido de dicha norma como lo sugiriera el recurrente en su apelación, como para entender que las partes pactaron tal compensación junto con el pago mensual del salario aunque no se tratara de un salario integral.

Y en lo que tiene que ver con las vacaciones, ninguna de las pruebas allegadas da cuenta de su otorgamiento dentro del año inmediatamente posterior al inicio de labores, como tampoco de su reconocimiento económico, no habiendo lugar, por consiguiente, a variar la orden de pago.

Por lo expresado, habrán de confirmarse las condenas impartidas en la sentencia de primera instancia respecto de los pagos por concepto de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios y vacaciones compensadas en dinero; con la precisión que si lo pretendido por la sociedad demandada era que los pagos realizados de manera adicional al salario y auxilio de transporte le fueran tenidos en cuenta o abonados a las sumas debidas a título de prestaciones sociales así ha debido solicitarlo a través del medio exceptivo de la compensación, lo que no hizo, y dado que el mismo no puede ser declarado de oficio mal puede insistir en

que dichos pagos tienen que considerarse sobre la base de un “error aritmético”.

DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS A UN FONDO DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990, LA SANCIÓN POR EL NO PAGO DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS Y LA SANCIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL C.S.T.

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

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

Así, en la medida que la demandada no presentó argumentos que permitan establecer las razones por las cuales no consignó las cesantías causadas en los años 2015 y 2016 dentro del término legal en el fondo autorizado, su conducta no permite inferir que el incumplimiento de esta obligación se realizó por petición de su trabajador, por lo que el dicho pacto celebrado entre las partes, no sirve como justificación para desvirtuar la mala fe que se presume por la falta en el pago de una obligación de orden público legalmente establecida.

De lo anterior es posible afirmar que la empleadora incurrió en esta sanción y por ello se mantendrá incólume la condena impuesta.

En igual orientación se confirma la sanción por el no pago de los intereses sobre las cesantías, consistente en el pago doblado de las mismas por su falta de pago al 31 de diciembre de cada anualidad en la que ha debido liquidar las cesantías, así como a la terminación del contrato de trabajo.

Últimamente, en lo que interesa a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, modificado por el art 29 de la ley 789 de 2002, dicho artículo establece la indemnización por falta de pago si a la terminación del contrato el empleador no paga los salarios y prestaciones debidas, salvo,

los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si trascurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o no ha habido pronunciamiento judicial se pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas. En el parágrafo 2 del mencionado artículo se establece que la anterior aplicación es para los trabajadores que devengaren más de un salario mínimo mensual vigente para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el Art. 65 del C.S.T.

De tal modo, como quiera que esta sanción no opera de manera automática, verificando las razones por las cuales la demandada se abstuvo de proceder al pago de las prestaciones adeudadas, dado que se contrajeron al presunto pago mensual pactado por las partes, fácil es colegir que, contrario a lo aducido por la recurrente, no demostró los pagos de las prestaciones sociales en vigencia ni a la terminación del contrato de trabajo en las oportunidades establecidas por la ley.

En relación con la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, ha sido copiosa la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre ellas vale la pena rememorar la sentencia de fecha 5 de marzo de 2009, radicación No.32529 M.P Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, en la que puntualizó: *“ De suerte que la indemnización moratoria procede cuando, después del examen del material probatorio, el dispensador de justicia concluye que el empleador no estuvo asistido de buena fe. Se equivoca por tanto el recurrente cuando, al inicio del cargo, afirma que la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que la indemnización moratoria “... requiere que quien la aduce demuestre una conducta torticera de empleador para perjudicar al trabajador”, porque, como ha quedado visto, por el contrario, quien debe demostrar que su conducta estuvo revestida de buena fe es el empleador; mientras que al trabajador le basta probar la omisión o el retardo en el pago de los derechos laborales que da lugar a la sanción.(...)”*.

Por lo expresado es del caso confirmar el fallo atacado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por HERNANDO CORZO en contra de CEKAED SECURITY LTDA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

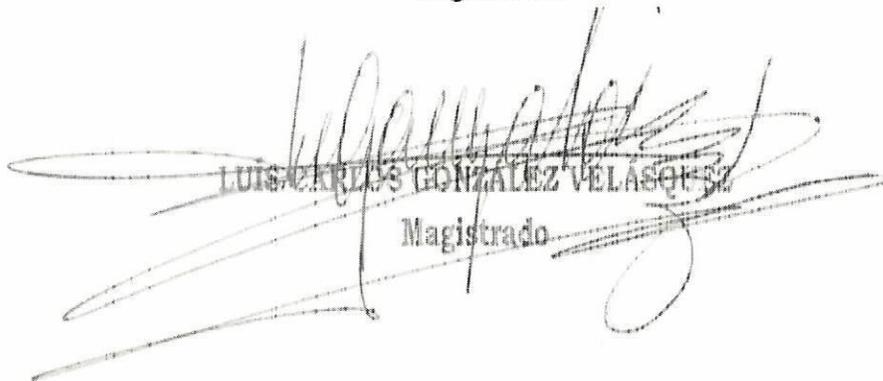
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELASCO
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110012205000202000003-01

**SUMARIO ADELANTADO POR AGROINDUSTRIA DEL RIOFRIO S.A.S
EN CONTRA DE CAFESALUD EPS S.A. Y MEDIMAS EPS S.A.S.**

Bogotá, D.C., a los nueve (9) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada CAFESALUD EPS S.A., contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 11 de junio de 2019, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **AGROINDUSTRIA DEL RIOFRIO S.A.S.** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS EPS S.A.**

ANTECEDENTES

AGROINDUSTRIA DEL RIOFRIO S.A.S., a través de su representante legal, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que MEDIMAS EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A., procedan al pago de las incapacidades, licencias de maternidad y paternidad, por la suma de \$5.255.367.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señalan que las accionadas, le adeudan la suma de \$5.255.367, por concepto de incapacidades, licencias de maternidad y paternidad, que ha pagado oportunamente a sus trabajadores, y que, esas Entidades, no han cancelado en su totalidad a la empresa, discriminando, como a continuación se advierte, los trabajadores, fecha de incapacidad, días y valor adeudado, así:

CEDULA	NOMBRE	FECHA INICIO INCAPACIDAD	DIAS	VALOR
1072712998	BERNAL CARVAJAL ANGELICA MARIA	21/04/2017	3	73.772
1072712998	BERNAL CARVAJAL ANGELICA MARIA	09/05/2017	126	3.173.757

1072664740	CASILIMAS XIOMARA	30/05/2017	8	196.725
1072664740	CASILIMAS XIOMARA	09/06/2017	7	172.137
52074247	COTAMO BAUTISTA ROSA INES	10/10/2016	6	137.891
52074247	COTAMO BAUTISTA ROSA INES	18/10/2016	7	45.968
52074247	COTAMO BAUTISTA ROSA INES	25/10/2016	7	175.497
52074247	COTAMO BAUTISTA ROSA INES	01/11/2016	5	125.355
51610497	JARAMILLO MUÑOZ LUZ MARINA	18/08/2016	25	298.022
1070011005	PINAN DELGADO JENNY PAOLA	08/02/2016	1	22.982
1020750496	RUBIANO VENEGAS NATALIA ELVIRA	24/02/2015	19	458.412
1024555420	SANTOS PIRAVAGUEN CESAR EDUARDO	15/05/2015	11	297.734
1024555420	SANTOS PIRAVAGUEN CESAR EDUARDO	26/05/2015	2	54.133
1129509072	SOLIS ROJANO SINDIA ESTHER	17/11/2016	1	22.982
				5.255.367

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

MEDIMAS EPS S.A.S., se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando no constarle ninguno de los hechos, pues, el incumplimiento que motiva la acción, por el no pago de incapacidades reclamadas, se causaron en vigencia de CAFESALUD EPS, como asegurador de los 8 trabajadores beneficiarios de las incapacidades otorgadas por su médicos tratantes, razón por la cual, no está legalmente obligada a reconocer, ni pagar, ninguna obligación causada cuando no había iniciado sus operaciones, ni hacen parte las obligaciones delegas por la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva (CD fl. 15).

CAFESALUD EPS S.A., se opuso a la pretensión, por improcedente, ya que las prestaciones económicas reclamadas, fueron reconocidas, liquidadas y aprobadas para pago; una no se encuentra registrada en el sistema de la entidad, y frente a las incapacidades, las mismas están a cargo de MEDIMAS EPS. Propuso las excepciones de licencias de maternidad y paternidad liquidadas y aprobadas para su pago, de María Angélica Bernal Carvajal y Cesar Eduardo Santos Piravaguen, que se cancelaran una vez se levante el embargo de las cuentas maestras de Cafesalud EPS, decretado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso ejecutivo 2016-0238; incapacidades a cargo de MEDIMAS EPS S.A.S., en razón a la decisión proferida en auto del 26 de octubre de 2017, dentro del medio de protección de los derechos e intereses colectivos con radicado 2500023410002016-01314-00, que cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, ordenando a esa EPS, efectuar el pago de las incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS, sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales; incapacidad de Natalia Elvira Rubiano Venegas, no se encuentra registrada en el sistema; y, la genérica (CD fl. 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 11 de junio de 2019, accedió a las pretensiones de la demandante, ordenando a MEDIMAS EPS S.A.S., cancelar el valor de las incapacidades otorgadas a los trabajadores Angélica María Bernal Carvajal, Xiomara Casilimas, Rosa Inés Cotamo Bautista, Luz Marina Jaramillo, Solis Rojano Sindia, Pinan Delgado Jenny Paola y Natalia Rubiano, por la suma de \$2.087.236; y, a CAFESALUD EPS S.A., reconocer y pagar, las licencias de maternidad y paternidad de Angélica Bernal Carvajal y Cesar Eduardo Piravaguen, las cuales ascienden a \$3.396.145, al encontrarse acreditado el cumplimiento de los requisitos legales para ordenar su pago, sin que las accionadas, acreditaran haber cancelado oportunamente de dichas prestaciones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada CAFESALUD ESP S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia y se absuelva de las pretensiones, al haber cumplido con el pago de las prestaciones económicas de sus usuarios, mediante transferencia bancaria, a la compañía demandante. Además, señala que, debe tenerse en cuenta que, los recursos de la salud, tiene una destinación específica, por lo que, esa EPS, no puede darles un uso distinto a la atención de sus usuarios.

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999¹.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS,

¹ Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por CAFESALUD EPS S.A., considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta acertada la decisión de Primera Instancia, en cuanto ordenó el pago de las licencias de maternidad y paternidad, a favor de la demandante.

DE LAS LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD

El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionalmente le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.

De otra parte, el pago de la licencia de maternidad se encuentra contemplada en el artículo 236 del CST, y, la de paternidad está regulada en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 1822 de 2017; de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el caso de los trabajadores dependientes, el trámite para su reconocimiento y pago se encuentra a cargo del empleador. En ese sentido, el trabajador debe informar al empleador sobre la expedición de la licencia respectiva y será el empleador quien adelante la solicitud de los dineros ante la EPS a la que se encuentra afiliado.

DEL CASO EN CONCRETO

No fue objeto de discusión en la alzada, el cumplimiento de los requisitos legales, para el reconocimiento y pago a favor del demandante de las licencias que, por maternidad y paternidad, le fueron otorgadas a sus trabajadores Angélica Bernal Carvajal y Cesar Eduardo Piravaguen; limitándose la demandada CAFESALUD EPS S.A., a indicar en su recurso, que, ya realizó el pago de dichas licencias, razón por la que procede la revocatoria de la sentencia y su correspondiente absolució.

Al respecto, advierte la Sala, que, a más de su dicho, CAFESALUD EPS S.A., sólo aportó con el recurso de apelación, una presunta relación de pagos, de la cual no se puede extraer con claridad, que haya cancelado oportunamente a la demandante, las licencias de maternidad y paternidad, a que se refiere la condena impuesta en Primera Instancia; menos aún es posible determinar la fecha del posible desembolso, en aras de establecer si lo fue con anterioridad a la sentencia apelada o con posterioridad a ésta, y, en todo caso, ésta sería una prueba presentada fuera de los términos procesales, que no podría valorarse, en la medida en que la recurrente no

la solicitó dentro de la oportunidad correspondiente, y tampoco acreditó que se estuviera frente a alguno de los presupuestos para su trámite en Segunda Instancia; lo que conduce a la Sala a confirmar la sentencia de Primera Instancia.

Sin costas en la Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 11 de junio de 2019 dentro del proceso sumario laboral promovido por **AGROINDUSTRIA DEL RIOFRIO S.A.S.** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS ESP S.A.S.**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

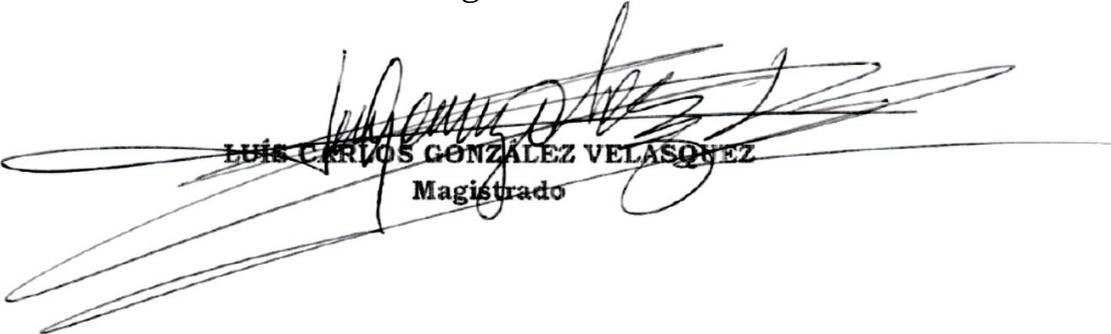


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 110012205000202000136-01

**SUMARIO ADELANTADO POR MANUEL JOSÉ ROA GONZÁLEZ EN
CONTRA DE COMPENSAR EPS CON LA VINCULACIÓN DE LA CLÍNICA
LOS NOGALES.**

Bogotá, D.C., a los nueve (9) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 12 de junio de 2019, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **MANUEL JOSÉ ROA GONZÁLEZ** contra **COMPENSAR EPS**, con la vinculación de la **CLÍNICA LOS NOGALES**.

ANTECEDENTES

MANUEL JOSÉ ROA GONZÁLEZ, actuando en nombre propio, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que COMPENSAR EPS, le reembolsara la suma de \$5.700.000, correspondientes a los gastos quirúrgicos de extracción de cálculo renal, en que incurrió, ante la urgencia del procedimiento.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señalan que el 4 de enero de 2018, siendo las 3:00 a.m., acudió de urgencias a la Clínica de la Universidad de La Sabana, con un dolor general insoportable; allí se le detectó un cálculo renal de gran tamaño, sin embargo, la médica de turno, no le prestó ninguna atención, por lo que, se vio en la obligación de ingresar a su consultorio, para averiguar por su estado de salud; ella, le indicó que, el urólogo, se había ido sin revisar sus exámenes, por lo que decidió irse de la Clínica, y, consultar un médico particular, quien le recomendó realizarse una cirugía a mas tardar antes de un mes.

Refiere que, inició los trámites ante COMPENSAR EPS, para programar la cirugía; la consulta con el urólogo sólo le fue autorizada hasta el 12 de febrero de 2018, lo cual excedía lo recomendado por el médico particular, sin embargo, luego de insistir y por recomendación de su médico, logró que la consulta le fuera adelantada para el 5 de febrero de 2018. No obstante, ante la demora en la atención médica y el persistente dolor, que cada vez se hacía más insoportable, programó la cirugía para extraer el cálculo renal, de manera particular; la cual tuvo un costo de \$5.700.000, los cuales sufragó con sus ahorros y préstamos familiares.

Indica que, reclamó ante COMPENSAR EPS, la devolución de los dineros destinados a la cirugía, sin embargo, esta le negó el reembolso, alegando que esa Entidad, en ningún momento, le negó la prestación del servicio (fls. 1-2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada **COMPENSAR EPS**, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que, no existía evidencia alguna que demostrara que esa Entidad, manifestó negación de los servicios requeridos por el actor, por lo que, él decidió libremente y por voluntad propia, asumir los servicios de forma particular. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reembolso, por inexistencia de situación de urgencia e inexistencia de negativa injustificada o negligencia demostrada, y, las demás que se encuentren demostradas (fl. 39).

Por su parte, la vinculada **CLÍNICA LOS NOGALES**, informó que el actor, fue atendido en esa institución, a través del convenio Urobosque; que dicha Institución, no hace parte de la red prestadora de servicios de salud de COMPENSAR POS; que, el actor ingresó el 29 de enero de 2018, no por urgencias, sino programado para una nefrolitotomía izquierda, la cual se le practicó ese mismo día, sin complicaciones, con adecuada evolución posoperatoria, requiriendo estancia hospitalaria hasta el 30 de enero de 2018, cuando se le dio el egreso con formula médica e incapacidad (fls. 27-31).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 12 de junio de 2019, no accedió a la pretensión formulada por el accionante, al considerar que, el actor, no solicitó ante COMPENSAR EPS, orden o autorización para realizarse la cirugía de nefrolitotomía percutánea izquierda y demás servicios requeridos, en una IPS de la red prestadora de la EPS; como tampoco que, se le haya informado a COMPENSAR EPS, de la atención brindada a éste por la CLÍNICA LOS NOGALES; por lo que, no se logró acreditar una negativa injustificada o

negligencia de la EPS, en la atención del actor, sino que éste, voluntariamente hizo dejación de los servicios que le estaba prestando su aseguradora, desconociendo que, toda orden dada por el médico tratante, requiere tramitar una autorización por el médico tratante de la EPS, en un término prudencial para ello, más aún, cuando el procedimiento no requería urgencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el demandante, interpuso recurso de apelación, alegando que su estado de salud, requería la intervención quirúrgica de urgencia, insistiendo que no podía esperar a la consulta con el urólogo de la EPS, hasta el 5 de febrero de 2018, ya que, esa fecha excedía el plazo que el médico particular, le había recomendado para operarse. Viéndose obligado, por la gravedad de su estado de salud, a acudir de manera particular a la Clínica Los Nogales, donde fue oportunamente programado e intervenido, no por capricho del paciente, sino atendiendo la necesidad de dicho procedimiento de manera ágil, ante su delicado estado de salud; situación que de manera negligente fue ignorada por COMPENSAR EPS, pese a sus requerimientos; conducta avalada con la decisión de Primera Instancia, quien justifica la negativa a sus pretensiones, sólo por el hecho de no haber sido una intervención de urgencia, cuando al haber acudido a la red prestadora de servicios de la EPS, no se le prestó ningún servicio.

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999¹.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por el demandante, considera la Sala, que el problema jurídico

¹ Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

se contrae a determinar si procede el reembolso reclamado por el actor, respecto a los gastos quirúrgicos en que incurrió, para la extracción de un calculo renal que lo aquejaba, o si, por el contrario, resulta acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, que negó tal devolución.

DEL REEMBOLSO DE GESTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, consagra:

“Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

(...)

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

- 1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.*
- 2. Cuando el usuario hay sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.*
- 3. **En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.**”.* (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud “*Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud*”, establece que:

“ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, Deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por el Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tengas establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso*

la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”. (Negrilla fuera de texto)

La corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere al deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

*“El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”. De igual modo, se dice que **la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio, dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.”. (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)***

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes necesarios para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Insiste el demandante, en que COMPENSAR EPS, debe reembolsarle el valor cancelado por la cirugía de extracción de un cálculo renal, a la cual se tuvo que someter de manera urgente, a través de un servicio médico particular, pues, dicha Entidad, no le prestó oportunamente la atención requerida para atender su patología, ya que, al acudir a la red de urgencias adscrita a la EPS, no fue atendido, y ante los fuertes dolores que sufría, un médico particular, le recomendó practicarse la cirugía en un término máximo de un mes; sin embargo, la consulta con el especialista de COMPENSAR EPS, le fue programado mucho tiempo después, desconociendo la gravedad de su estado de salud, razón por la cual, decidió no esperar más y someterse al procedimiento en la Clínica Los Nogales, cancelando directamente los gastos de dicho procedimiento.

Al respecto, se allegaron al plenario como pruebas, resultado de tomografía computada de abdomen y pelvis simple, practicada el 4 de enero de 2018, en la Clínica Universidad de La Sabana, por atención de Urgencias, donde se advierte *“CÁLCULO QUE PRODUCE EFECTO OBSTRUCTIVO LOCALIZADO EN LA PELVIS RENAL CON URÉTE IZQUIERDO. NEFROLITIASIS IZQUIERDA. LESIO FOCAL RENAL IZQUIERDA QUE SUGIERE LA PRESENCIA DE A CORRELACIONAR CON ESTUDIOS COMPLEMENTARIOS. ENFERMEDAD DIVERTICULAR NO COMPLICADA”* (fls. 5-6). Orden médica y autorización del servicio, emitida por COMPENSAR EPS, el 12 de enero de 2018, para consulta primera vez urología (fls. 16-17); historia clínica de atención médica particular del demandante, en la Clínica Los Nogales, de fecha 30 de enero de 2018, por cálculo de riñón (fl. 8); orden de incapacidad otorgada por la Clínica Los Nogales, por 20 días, a partir del 29 de enero de 2018 (fl. 9); factura de venta No. 174, emitida por el cirujano urólogo Javier Lee Aguirre, el 9 de febrero de 2018, por la suma de \$5.700.000 por concepto de honorarios médicos (fls. 10-11), y, factura de venta No. CNC 328534, del 8 de febrero de 2018, emitida por la Clínica Los Nogales, por la suma de \$1.462.175, por concepto de derechos de sala (fl. 32).

Igualmente, obra solicitud de reembolso de gastos médicos, presentada por el actor, ante COMPENSAR EPS (fls. 22-23), y, respuesta de esa Entidad, negando dicha devolución (fls. 24-25). Así como, el informe técnico, rendido en el curso del proceso, por el Profesional Especializado adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, no se debe ordenar el reconocimiento económico reclamado por el demandante, ya que, la atención en salud prestada los días 29 y 30 de enero de 2018 por la Clínica Los Nogales, no fue una atención de urgencias, sino que se debió a un procedimiento programado por el actor, como paciente particular, sin que se evidencie ninguna conducta, por parte de COMPENSAR EPS que pusiera en riesgo o amenazará la salud del usuario, menos aún que se hayan interpuesto barreras de acceso al servicio de

salud o se le negara la atención de urgencias, mucho menos incapacidades, negativas injustificadas o negligencia para cubrir sus obligaciones con el usuario; sugiriendo simplemente aplicar una medida de control a la EPS, por no programar la cita con el especialista, dentro de las 48 horas siguientes a su solicitud, incumpliendo el artículo 12 de la ley 1171 de 2007, por tratarse de un paciente adulto mayor, siendo esta la única conducta irregular que se advierte en el actuar de la demandada (fl. 39).

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, en el *sub lite*, no se estructura ninguna de las causales previstas en el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994 para que proceda el reembolso de los gastos particulares que reclama el actor, pues, no se trató de un servicio de urgencias prestado por una I.P.S. que no tenía contrato con la EPS accionada; tampoco existió una autorización expresa de la EPS para una atención específica; ni se encuentra demostrada incapacidad, imposibilidad, una negativa o negligencia por parte de COMPENSAR EPS, en la atención del actor; no se desconoce, como afección que éste presentaba por el cálculo renal que lo aquejaban, sin embargo, las pruebas allegadas al plenario, no resultan suficientes para considerar que la demandada, incumplió con sus obligaciones frente al actor, negándole u omitiendo la prestación del servicio de salud, todo lo contrario, COMPENSAR EPS, expidió la orden médica y autorización del servicio para la consulta con urología, a través de su red prestadora, no obstante, el demandante, de manera libre y autónoma, decidió someterse a un tratamiento particular. Y es que, se reitera, no observa la Sala, que el actor, ya presentado el concepto del médico particular que determinó la urgencia del procedimiento del cálculo renal, ni tampoco, prueba alguna respecto a la negación del servicio de salud por parte de la Clínica Universidad de La Sabana; razón por la cual, no puede afirmarse, que se vio obligado a contratar los servicios de forma particular, por la necesidad urgente de practicarse dicho procedimiento, pues, no se presentó concepto médico que así lo acreditara.

En ese orden de ideas, al no existir evidencia alguna respecto a que COMPENSAR EPS, haya negado la prestación de la atención requerida por el demandante, como tampoco que haya colocado en riesgo su vida y salud, se impone confirmar la decisión de Primera Instancia, por las razones aquí esgrimidas. Sin costas de esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 12 de junio de 2019 dentro del proceso sumario laboral promovido por **MANUEL JOSÉ ROA GONZÁLEZ** contra **COMPENSAR EPS**, con la vinculación de la **CLÍNICA LOS NOGALES**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

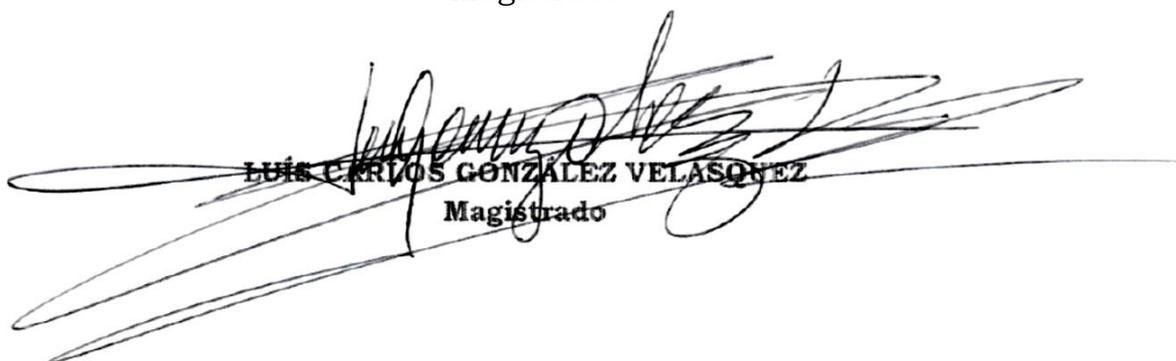


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN

Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110012205000202000227-01

**SUMARIO ADELANTADO POR DORA ISABEL TORRES JARAMILLO EN
CONTRA DE SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

Bogotá, D.C., a los nueve (9) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 21 de diciembre de 2018, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **DORA ISABEL TORRES JARAMILLO** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

ANTECEDENTES

DORA ISABEL TORRES JARAMILLO, actuando en nombre propio, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que SALUD TOTAL EPS-S S.A., procedan al pago de la diferencia entre el valor de las incapacidades pagadas y lo que realmente le correspondía, junto con los intereses moratorios, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señalan que se encuentra vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, como trabajadora independiente, desde el 1 de noviembre de 2007, el estado de su afiliación es activo, vinculada a la EPS accionada, cotizando sobre un ingreso base de liquidación de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Indica que, el 1 de febrero de 2016, le fue autorizada y practicada, una cirugía, por enfermedad general, no profesional, por la que se le concedió una incapacidad de 30 días, reconocida, autorizada y liquidada por la accionada, mediante documento NAIL P6375252 del 3 de febrero de 2016, sin embargo, sólo le pagaron 28 días, por la suma de \$465.513, razón por la cual, el 15 de febrero de 2016, reclamó ante SALUD TOTAL EPS-S S.A., solicitando el detalle de la liquidación y su respectivo reajuste, en aplicación de la sentencia C-543 de 2007, a lo que se negó la accionada, quien mediante comunicación del 1 de marzo de 2016, señaló que, la mencionada jurisprudencia no se aplicaba a los trabajadores independientes.

Refiere que, nuevamente el 30 de julio de 2016, fue sometida a otro procedimiento quirúrgico, por la que se le otorgó una incapacidad de 30 días, avalada por el médico tratante y reconocida por SALUD TOTAL EPS-S S.A., según comunicación NAIL P6694657 del 2 de agosto de 2016, la cual, también, sólo fue liquidada por 28 días, pagándole la suma de \$465.513; que, de nuevo reclamó a la EPS, para que se reliquidaran las dos incapacidades, alegando un trato discriminatorio y desigual, entre el trabajador dependiente y el independiente; petición resulta mediante comunicación del 16 de noviembre de 2016, donde la accionada, no accede a lo solicitado, insistiendo en que, la normatividad vigente, refiere como liquidación para las incapacidades de 1 a 90 días, sobre el 66.67% del IBC, lo cual es parcialmente cierto, pero desconoce, que en la sentencia C-543 de 207, claramente se advirtió, que ningún auxilio monetario por incapacidad no profesional, no podría ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente (fls. 1-2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, dio oportunamente contestación a la demanda, alegando la configuración de un hecho superado, por el pago de los auxilios monetarios reclamados por la actora; extinguiéndose su obligación al respecto. No allega prueba de su dicho, no obstante, refiere que las misma será allegada en su oportunidad (fls. 36-38)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 21 de diciembre de 2018, accedió a las pretensiones de la demandante, ordenando a SALUD TOTAL EPS-S S.A.S., el reembolso del valor de las diferencias entre las incapacidades canceladas y las que realmente debía pagar a la actora, junto con las actualizaciones monetaria e intereses moratorios correspondientes; al considerar que, una incapacidad no puede liquidarse con un salario inferior al mínimo legal mensual vigente, en aplicación de la sentencia C-543 de 2007, que condicionó la exequibilidad del artículo 227 del CST, bajo el entendido que el pago del auxilio por enfermedad no profesional, no podría ser inferior al salario mínimo legal vigente, pagado de manera proporcional a los días de incapacidad otorgados. Adicionalmente, manifestó que, la accionada, no allegó prueba alguna que acreditara haber cancelado de manera correcta las incapacidades reclamadas, por lo que, tampoco había lugar a declarar el hecho superado, como lo solicitó en su escrito de contestación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la

decisión de Primera Instancia y se absuelva de las pretensiones, acompañando la prueba del pago de la diferencia de las incapacidades reclamadas por la demandante; o que, de manera subsidiaria, se ordene a la ADRES, pagar la totalidad de los costos en que incurra la EPS por el reconocimiento económico de la incapacidad médica, teniendo en cuenta que dicha Administradora, no reconoce, en la subcuenta de compensación, los rubros que se cancelan a aquellos afiliados que no cumplen con los requisitos normativos y jurisprudenciales para acceder al pago de las prestaciones económicas.

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999¹.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta acertada la decisión de Primera Instancia, en cuanto ordenó el pago de la reliquidación de las incapacidades reclamadas por la demandante, en su condición de cotizante, como trabajadora independiente.

DE LAS INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL

El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionalmente le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.

¹ Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

En cuanto al reconocimiento y pago de incapacidades, oportuno resulta traer a colación, para mayor ilustración, la diferenciación que de manera concreta y breve efectuó la Corte Constitucional, en sentencia T-161 de 2019, en la que puntualizó, que:

“...el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

(...)

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

...en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, (...), deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes...”

Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de 4 semanas (artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016). De acuerdo a lo establecido en el artículo 227 del CST, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al auxilio monetario, hasta por 180 días así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante. En el caso de salario variable, aplicable a trabajadores que no devenguen salario fijo, se tendrá como base el promedio de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, o todo el tiempo si este fuere menor. No obstante, como quedó establecido en la sentencia C-543 de 2007, el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, pues, de lo contrario, se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

DEL CASO EN CONCRETO

No fue objeto de discusión en la alzada, que la demandante, se encontraba afiliada a SALUD TOTAL EPS- S.A., como cotizante, trabajadora independiente, tampoco que, como consecuencia de dos intervenciones quirúrgicas, por enfermedad general, fue incapacitada del 1 de febrero al 1 de marzo de 2016 y posteriormente, del 30 de julio al 28 de agosto de 2016; ni que, la demandada, le canceló dichos auxilios en la suma de \$465.513, valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad, de \$689.500.

Al respecto, advierte la Sala, que, si bien la demandada, alega el pago de las diferencias que fueron objeto de condena en la sentencia de Primera Instancia, ésta sólo allegó la prueba del cumplimiento de dicha obligación, con el recurso de apelación, resultando ésta, a todas luces extemporánea, al no haberse presentado dentro del debate probatorio, ni advertir la accionada, justificación válida, para tenerla como tal en Segunda Instancia; razón por la cual, la sentencia de Primer Grado, ha de considerarse ajustada a Derecho, por haberse proferido, teniendo en cuenta las pruebas legal y oportunamente presentadas, y, comoquiera que, la demandada, no acreditó, dentro del término legal, el pago de las diferencias causadas entre el valor de las incapacidades canceladas y las que realmente le correspondían a la actora; resultando coherente el argumento allí plasmado con el contenido del expediente.

Ahora, en cuanto a la petición subsidiaria, para que se autorice el recobro de la totalidad de los costos en que incurra la EPS, por el reconocimiento económico de las incapacidades médicas, basta indicar que, el mismo es un trámite administrativo interno, que atañe única y exclusivamente a las entidades del Sistema Integral de Salud; por lo que no es Instancia, la

llamada a dirimir eventuales conflictos entre los agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud, teniendo en cuenta que, tal procedimiento administrativo se encuentra determinado en la ley, y, a él deberá sujetarse la accionada.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Sin costas en la Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 21 de diciembre de 2018 dentro del proceso sumario laboral promovido por **DORA ISABEL TORRES JARAMILLO** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

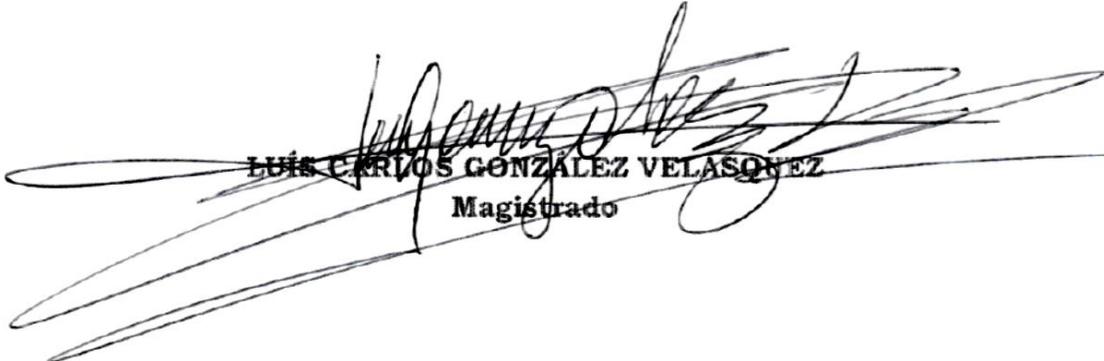
TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 110012205000202000240-01

**SUMARIO ADELANTADO POR CINE COLOMBIA S.A. EN CONTRA DE
LA EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.**

Bogotá, D.C., a los nueve (9) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 9 de mayo de 2019, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **CINE COLOMBIA S.A.** contra **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.**

ANTECEDENTES

CINE COLOMBIA S.A., por medio de su representante legal, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., transcriba y reconozca el valor de la incapacidad otorgada a su trabajador Miguel Ángel Murcia Sánchez.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señalan que, el señor MIGUEL ÁNGEL MURCIA SÁNCHEZ, se encuentra vinculado laboralmente, mediante contrato de trabajo, a término indefinido, desde el 19 de agosto de 2015; que, desde el inicio de la relación laboral, CINE COLOMBIA S.A., ha cumplido oportunamente con el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del trabajador; que, el 7 de enero de 2017, presentó incapacidad médica del 14 al 18 de junio de 2016, expedida por su médico tratante.

Manifiesta que, el 11 de enero de 2017, CINE COLOMBIA S.A., radicó ante la EPS SURA, la solicitud de transcripción y pago de la incapacidad, aportando los soportes necesarios; sin embargo, mediante comunicación del 7 de febrero de 2017, la accionada, dio respuesta negativa, argumentando que la misma estaba fuera del término de 120 días, que esa

Entidad, había establecido dentro de un procedimiento interno, el cual nunca se le notificó a la actora; por lo que, reiteró su petición el 23 de marzo de 2017, ya que, se cumplía con todos los requisitos previstos en la Resolución 2266 de 1998 para ser aceptada, pero, nuevamente, el 17 de abril de 2017, la EPS accionada, se negó, bajo los mismos argumentos de la anterior comunicación (fls. 1-2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.**, dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, pues, para el pago de incapacidades, esa Entidad, estimó el plazo de 120 días, a fin de tener la información oportuna; término éste que se encuentra publicado en la página web de la EPS. No obstante, la empleadora, solicitó la transcripción de la incapacidad sólo 6 meses después de haberse expedido, sin haberla tramitado oportunamente, en el portal web que se encuentra destinado para tal fin, circunstancia ésta que fue puesta en conocimiento de la actora, mediante comunicación del 17 de abril de 2017. Indica además que, la demandante, presentaba más de 2 pagos por fuera del plazo establecido, y, por ello, la EPS, solamente verificó el cumplimiento de los requisitos para otorgar un legal la prestación, realizando las gestiones de cobro de los aportes por medio de correos electrónicos, sin que se configure un allanamiento a la mora, pues, se adelantaron las gestiones pertinentes para obtener el pago de los aportes debidos y que no fueron cancelados dentro de la fecha límite. Y, que, en todo caso, sólo debería responder, por 3 días de incapacidad, ya que, los 2 primeros, se toman como permiso remunerado que otorgan los empleadores a los trabajadores para recuperar las fuerzas y reintegrarse a su labor (fls. 27-32)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 9 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda, pues, aunque no son acertados los argumentos de defensa de la EPS accionada, teniendo en cuenta que, el término para agotar el trámite de transcripción ante la EPS, es el mismo previsto para solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, esto es, 3 años a partir de su pago; y que, en ningún aparte normativo, se establece que, el pago por fuera de las fechas establecidas decae en la negación del reconocimiento de las prestaciones económicas, salvo que el servicio de salud, haya sido suspendido, caso en el cual no procede reconocimiento alguno. Dentro del presente asunto, si bien procedería las pretensiones de la actora, no fue posible terminar el pago efectivo de la incapacidad por parte del empleador, como tampoco el salario devengado por el trabajador, para el momento de su incapacidad, deber probatorio que no cumplió la demandante, por lo que conduce a negar las pretensiones formuladas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandante CINE COLOMBIA S.A., por medio de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación, por encontrarse en total desacuerdo con la decisión de Primera Instancia, por no tener en cuenta las pruebas allegadas con la demanda, las cuales dan razón no solamente del pago de la incapacidad al trabajador en la nómina del mes de diciembre de 2016, sino también de su salario, pues, se aportaron las planillas de aportes al Sistema de Seguridad Social, de donde claramente pudo extraer el a-quo, el ingreso base de cotización del trabajador, para el mes de junio de 2016, equivalente a \$993.000; por lo tanto, no existen las supuestas deficiencias probatorias, que sirvieron de excusa al Juez de Instancia, para negar las pretensiones; de ahí que solicita, revocar en su integridad la decisión apelada y acceder a las pretensiones.

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999¹.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la demandante considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si procede el pago de la incapacidad médicas en favor de la demandante CINE COLOMBIA S.A., por su trabajador Miguel Ángel Murcia Sánchez, o si, por el contrario, resulta acertada la decisión de Primera Instancia, que le negó el derecho, ante la ausencia de elementos probatorios suficientes para acreditar su pago por parte del empleador y el salario devengado por éste al momento de su incapacidad.

DE LAS INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL

¹ Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionalmente le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) **el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.**

En cuanto al reconocimiento y pago de incapacidades, oportuno resulta traer a colación, para mayor ilustración, la diferenciación que de manera concreta y breve efectuó la Corte Constitucional, en sentencia T-161 de 2019, en la que puntualizó, que:

“...el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

(...)

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

...en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, (...), deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes...”

Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de 4 semanas (artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016). De acuerdo a lo establecido en el artículo 227 del CST, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al auxilio monetario, hasta por 180 días así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante. En el caso de salario variable, aplicable a trabajadores que no devenguen salario fijo, se tendrá como base el promedio de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, o todo el tiempo si este fuere menor. No obstante, como quedó establecido en la sentencia C-543 de 2007, el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, pues, de lo contrario, se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

Ahora bien, en cuanto a la transcripción de las incapacidades, aunque no existe una norma que se refiera de manera concreta a este tema, le corresponde al empleador tramitar dicha transcripción, una vez el trabajador comunique su incapacidad o licencia, tomándose como término para adelantar dicha gestión, el previsto en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, correspondiente al mismo término para solicitar el reembolso de prestaciones económicas, esto es, el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

DEL CASO EN CONCRETO

Alega el demandante en su recurso, que contrario a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia, dentro del plenario, sí obran las pruebas suficientes para determinar el pago de la incapacidad reclamada, así como el salario del trabajador.

Al respecto, se allegaron al plenario, incapacidad médica, concedida al señor Miguel Ángel Murcia Sánchez, por la Fundación Cardioinfantil, por “CONTUCION DE RODILLA”, del 14 al 18 de junio de 2016 (fl. 8); comprobante histórico de pago de la segunda quincena de diciembre de 2016, del señor Miguel Ángel Murcia Sánchez (fl.7), donde se reporta como salario, “\$0.00” y como conceptos devengados, entre otros:

CONCEPTO	UNIDADES	DEVENGADOS
(...)	(...)	(...)
15 INCAPACIDAD	3 DIA	61,084.00
20 GASTO DE INCAPACIDAD	2 DIA	61,084.00
21 AJUSTE DE INCAPACIDAD	0 DIA	30.543.00
28 LICENCIA DE PATERNIDAD	8 DIA	257.365.00

Adicionalmente, se aportó con la demanda, el contrato individual de trabajo a término indefinido, con remuneración ordinaria, horario flexible (fls. 9-12); derecho de petición de fecha 23 de marzo de 2017, dirigido a la EPS SURA, solicitando el pago del auxilio por incapacidad (fls. 13-15); respuesta de la EPS SURA, del 7 de febrero de 2017 (fls. 16-17); solicitud del 11 de enero de 2017, para la transcripción de incapacidad (fl. 18); respuesta del 17 de abril de 2017 de la EPS accionada (fl. 19); y, planillas de autoliquidación de aportes, correspondientes al trabajador ya mencionado, donde se reporta como IBC para el mes de junio de 2016, la suma de \$993.000 (fls. 17-19). Y, con el recurso de apelación, la parte actora, presentó certificación laboral de trabajador Miguel Ángel Murcia Sánchez, comprobante de nómina del mes de diciembre de 2016, con un salario de \$733.000, así como los de la primera y segunda quincena del mes de junio de 2016, donde se reporta el mismo salario, pero no se advierte el pago de incapacidades (fls. 61-37).

Al respecto, considera la Sala, que, si bien le asiste razón al recurrente, en cuanto a que, de las planillas de autoliquidación de aportes, allegada con la demandante, se puede extraer como IBC para el riesgo de salud, en el mes de junio de 2016, la suma de \$993.000; no es menos cierto, que, como lo señaló el Juez de Primer Grado, no se encuentra acreditado el pago de la incapacidad del trabajador Miguel Ángel Murcia Sánchez, del 14 al 18 de junio de 2016, ya que, el sólo dicho de la demandante, respecto al hecho de haber sólo haber cancelado la incapacidad en el mes de diciembre de 2016, no permite determinar con precisión y claridad, que el concepto cancelado, en dicho mes por incapacidad, corresponde a la misma prestación económica, máxime cuando, como se advierte del desprendible de nómina de ese mes, al trabajador le fueron cancelados, otros conceptos adicionales, también por incapacidad y licencia de paternidad.

De otra parte, tampoco es posible acudir a la documental aportada con el recurso de apelación, ya que la misma es extemporánea, por no presentarse dentro de la oportunidad procesal pertinente, para que la parte accionada, hubiese ejercer el derecho de contradicción y defensa, y el a-

quo, la valorara en su decisión; así las cosas, al no cumplir la parte demandante, con la carga probatoria que le correspondía, para obtener el reconocimiento de sus pretensiones, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Sin costas en la Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 9 de mayo de 2019 dentro del proceso sumario laboral promovido por **CINE COLOMBIA S.A.** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

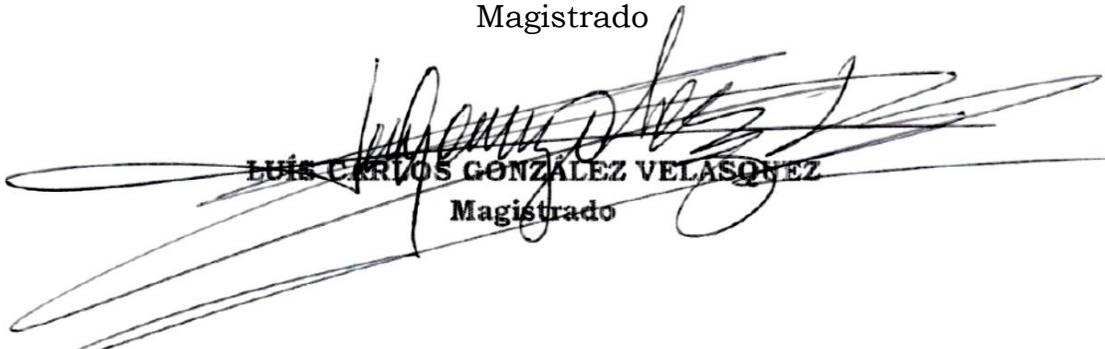
TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado