



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de Julio de dos mil veintiuno (2021)

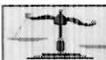
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110013105 002 2018 00508 01 Proceso Ordinario de Luz Aura Solarte Alvarado contra Claribel Villamil Sanabria (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 15 de octubre de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 2 de marzo de 2012 y el 30 de julio de 2017, así como que el salario diario correspondía a la suma de 45 diarios por las anualidades comprendidas entre 2012 y 2016 y en el año 2017 la suma de 50.000 y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago proporcional por los días dominicales



laborados y que se tengan como factor salarial, el pago proporcional del auxilio de transporte, el pago de las prestaciones sociales y la compensación de las vacaciones, la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la no consignación de las cesantías, el pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como sustento de las peticiones, afirmó que las partes celebraron contrato de trabajo verbal como empleada de servicio doméstico el 2 de marzo de 2012, el que finalizó el 30 de julio de 2017 de forma unilateral y sin justa causa por la demandada, desempeñando sus servicios los días lunes, miércoles y viernes, devengando del año 2012 a 2016 la suma de \$45.000 diarios y en para la anualidad de 2017 el monto de \$50.000, con un horario de trabajo de 7.00 a.m. a 5:30 p.m.; que la demandada le adeuda las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones o su respectiva compensación y los aportes en el Sistema de Seguridad Social causadas en vigencia de la relación laboral, así como las primas de servicios de los años 2016 y 2017; que no se le pagó el día dominical, ni el subsidio de transportes; que citó a la demandada a audiencia de conciliación ante el Inspector de Trabajo el día 16 de marzo de 2018, el cual mediante constancia del día 23 de abril de abril de 2018, declaró fallida la conciliación; que solicitó el pago de los derechos laborales a la demandada el 28 de abril de 2018; que la demandada abonó la suma de \$1.992.241 M/CTE, el día 15 de mayo de 2018.

Notificada la demandada del proceso, procede a contestar en oposición a todas las pretensiones consignadas en el escrito de la demanda por no encontrar respaldo en la realidad de los hechos sustentados por la demandante, a excepción de aquella que busca la declaratoria sobre la existencia del contrato de trabajo. En su lugar, propuso las excepciones



que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas y buena fe.

La *aquo* declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes por el período comprendido entre el 10 de enero de 2017 y el 30 de julio de 2017, devengando la suma de \$50.000 diarios, desempeñando el cargo de empleada doméstica, condenando a la demandada al pago del cálculo actuarial de los aportes pensionales por el mismo período referido y para lo cual se debería tener en cuenta un salario mensual por la suma de \$600.000, en el fondo de pensiones que indicara la demanda y absolvió a la encartada de las demás súplicas elevadas en su contra. Para arribar a la anterior conclusión, consideró que la característica principal del contrato de trabajo es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, pues bien para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal este demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado y en lo que respecta a la continua subordinación jurídica que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba cuando se encuentre evidenciada esta prestación del servicio personal del servicio.

Inconforme con la determinación anterior, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente la decisión de primer grado. Lo anterior, por cuanto el Juzgado no tuvo en cuenta que la fecha de inicio de la relación laboral fue para el mes de octubre de 2012 y una vez demostrado este punto, el Superior debe modificar la liquidación de las prestaciones sociales que vienen desde dicho data, situación que también se vería reflejada en los aportes a seguridad social en pensiones, más aún, por cuanto dentro del plenario existe certificación que acreditaría el vínculo laboral para los años 2015,

2016 y 2017, no obstante, se reitera que el contrato de trabajo tuvo su inicio en el año 2012 y finaliza en el año 2017. De igual forma, aduce que se debió condenar a los dominicales solicitados, toda vez que se busca un pago proporcional de conformidad con lo regulado el artículo 173 del código sustantivo del trabajo.

Frente a la declaratoria de terminación del contrato, se encuentra inconformidad debido a que no existiendo un contrato de trabajo y por tanto no podía predicarse otro tipo contractual que el contrato a término indefinido y en ese orden de ideas era totalmente viable la declaratoria del despido sin justa causa, en ese orden de ideas condenar a la indemnización de que habla el artículo 64 del código sustantivo del trabajo. La anterior situación también se debe predicar de las restantes indemnizaciones, como la sanción por la no consignación de las cesantías al declararse el contrato con los extremos laborales del año 2012 a 2017, enfatizando que si bien se realizó un pago, el mismo no fue completo, pues se realizó con un año de posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, para lo cual se debe precisar que si bien la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., es lesiva para las partes, la misma pudo ser cuantificada entre el momento de la terminación del vínculo y la fecha en que se realizó el pago por parte de la demandada.

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no existe controversia frente a la prestación personal del servicio efectuado por la demandante en favor de la demandada, así como, respecto a la existencia de la relación laboral, el problema jurídico de esta instancia se circunscribe en determinar los extremos temporales de la relación laboral y si la misma estuvo precedida de un solo vínculo o si por el contrario, el mismo estuvo cobijado mediante varias relaciones laborales y de encontrarse acreditados los presupuestos

anteriores, determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas por el actor en el escrito de demanda.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la demandante aduce que prestó sus servicios personales en favor de la demandada por el período comprendido entre el 2 de marzo de 2012 y el 30 de julio de 2017, para lo cual solicita se tenga en cuenta la certificación obrante a folio 23 del plenario, de la que se puede extraer los extremos temporales de la relación laboral.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra certificación emitida por la señora Claribel Villamil, en la que hizo constar:

“Por medio de la presente certifico que la Sra. LUZ AURA SOLARTE ALVARADO identificado con la c.c. 3.207.483 de Cali, trabajó en mi casa desempeñando las labores de aseo y arreglo de ropa tres días a la semana, lunes, miércoles, y viernes de 7 am a 5:30 pm, a partir del mes de marzo de 2012 hasta el día lunes 11 de abril de 2016. (...)”.

En ese orden de ideas, en principio podría decirse que en efecto los extremos temporales de la relación laboral se encuentran debidamente acreditados con la certificación emitida por la demandada, no obstante, la misma encartada en su interrogatorio de parte manifestó que si bien ello suscribió la mencionada certificación, también lo era, que lo hizo de buena fe y bajo la convicción de que le serviría a la demandante para poder conseguir un nuevo trabajo, pues la señora Solarte Alvarado le prestaba sus servicios, cuando la encartada se quedaba sin empleada interna, más no en la forma continua como se indicaba en el escrito, afirmación que en principio no podría ser acogida, pues esta Sala de Decisión ha acogido el precepto jurisprudencial emitido por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral, en la que ha dispuesto que las certificaciones emitidas por el empleador tienen



pleno valor probatorio y no se advertiría una situación distinta a lo allí plasmado.

Sin embargo, una vez escuchado el interrogatorio de parte de la demandante, la misma afirmó que en efecto prestaba sus servicios por temporadas al servicio de la demandada, momentos en los cuales realizaba sus funciones al servicio de terceras personas, y de forma particular respecto del hijo de una de sus empleadoras de apellido Pacheco, de lo que se puede concluir que en efecto lo contenido en la certificación no corresponde a la realidad que unió a las partes y que por el contrario, existieron varias relaciones laborales, las que en principio y de acuerdo con el material probatorio aportado por la parte actora no se encuentra debidamente acreditadas.

No obstante, con la liquidación que aportó la pasiva junto con su contestación visible a folios 67 a 70 del plenario, se advierte que la encartada aceptó tres relaciones laborales, la primera comprendida entre el 5 de noviembre de 2012 y el 31 de diciembre de la misma anualidad, la segunda entre el 1º de mayo de 2015 y el 11 de abril de 2016 y la tercera entre el 20 de diciembre de 2016 y el 28 de julio de 2017, por lo que se deberá adicionar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, se advierte que como la demandante laboraba por días al servicios de la demandada, se hace necesario obtener el promedio salarial de cada mensualidad para establecer el monto de las prestaciones sociales, por lo que una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, para el año 2012 el salario promedio ascendió a la suma de \$202.500 laborando en dicha anualidad 9 días, para el 2015 el monto de 320.625 prestando sus servicios por 57 días, para el 2016 el salario promedio fue por la suma de \$423.000 laborando 47 días y para 2017 ascendió al monto de \$778.571 prestando servicios por 109 días.



Así las cosas, una vez realizados los cálculos respectivos para obtener el monto de las prestaciones sociales, encontramos que por cesantías se adeuda la suma de \$346.787,12, por intereses a las cesantías el monto de \$10.410,73, por primas de servicio la suma de \$346.787,12 y por compensación de las vacaciones el monto de \$173.393,56, causadas en vigencia de las diferentes relaciones laborales, sin que haya lugar a efectuar descuento alguno, pues no se propuso la excepción de prescripción por la pasiva.

Ahora bien, tal como se encuentra a folio 12 del plenario, la demandada realizó consignación en favor de la demandante por la suma de \$1.992.241, sin embargo, lo adeudado por prestaciones sociales ascendía al monto de \$877.378,53, consignación que es superior a lo adeudado por la pasiva y por lo cual, no habría lugar imponer condena alguna por dichos conceptos.

Frente a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo ante la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, así como de la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debe advertirse en primer lugar, que la misma no es de aplicación inmediata, sino que por el contrario, se debe advertir si la demandada tuvo justificación para no proceder con el pago o si su actuar se puede enmarcar dentro de las conductas de buena fe.

En ese sentido, se advierte que dentro del plenario se encuentra la buena fe que revistió el actuar de la demandada, bajo el entendido que dicho extremo procesal desde la contestación no solo aceptó la prestación personal del servicio en su favor, sino que además indicó las fechas en las cuales se originaron las diferentes relaciones laborales que unieron a las partes, quien además en su interrogatorio de parte manifestó que actuó bajo el pensamiento de que el valor del día que le cancelaba a su ex trabajadora cubría no solo lo concerniente con la remuneración corriente, sino que



también, se cancelaba lo concerniente a las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, pues siempre le cancelaba a sus empleadas internas el salario mínimo legal mensual vigente, mientras que a la demandante le cancelaba una suma muy superior al equivalente al salario mínimo diario y que incluso, una vez se realizó el requerimiento respecto del pago de prestaciones sociales por parte de la demandante, la encartada procedió con la consignación de lo que creyó deber, respecto de los tiempos de servicios prestados, lo que denota que el actuar de la señora Claribel Villamil Sanabria se encuentra revestida de buena fe, por lo que no habría lugar a imponer condena alguna en contra de la encartada.

Ahora bien, debe advertirse que la parte actora reclama el pago proporcional de los días de descanso dominicales remunerados, así como el auxilio de transporte, de lo cual se debe concluir que en efecto la demandante tendría derecho a tales conceptos en vigencia de la relación laboral, pues el artículo 173 del C.S.T. hace referencia al primero de los conceptos y dispone que su pago es procedente de forma proporcional cuando las partes pacten la prestación del servicio en horas o días que no impliquen la totalidad de la semanas, situación que ocurre en idéntica forma respecto del auxilio de transporte, no obstante, con el valor consignado en exceso por parte de la demandada, se suple el pago de tales pretensiones, por lo que también se encuentran llamadas al fracaso.

DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y SIN JUSTA CAUSA

Aduce la parte actora que el contrato de trabajo terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador el 30 de julio de 2017, situación por la cual, el demandante debe acreditar la terminación del contrato de trabajo y le corresponde a la demandada demostrar que en efecto la misma estuvo precedida de una justa causa y en caso contrario, se debe imponer la indemnización respectiva.



Al respecto. Debe manifestarse desde ya que la pretensión reclamada se encuentra llamada al fracaso, pues si bien la demandante manifiesta que la encartada fue quien dio por terminado el contrato de trabajo el 30 de julio de 2017, también lo es, que no se acreditó la terminación del vínculo por la parte interesada y por el contrato, del dicho de las partes en su interrogatorio de partes se logra concluir que las partes habían pactado que los contratos de trabajo que celebraban se sujetaban hasta el momento en el que la señora Villamil Sanabria pudiese contratar a una persona para que prestara sus servicios como interna, por lo que no se puede concluir en primer lugar la terminación del contrato de trabajo por parte de la empleadora y en segundo lugar que haya sido de forma injusta, pues se reitera las partes ya tenían acordada la forma de terminación de los contratos de trabajo, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

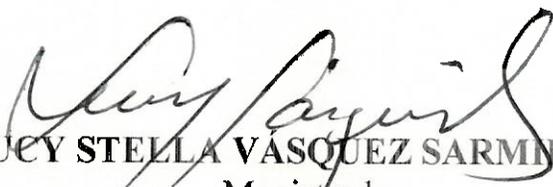
Finalmente, debe precisarse que se deberá modificar la decisión de primer grado también en lo concerniente con los aportes al Sistema General de Pensiones, para lo cual se deberá tener en cuenta la declaración de los contratos de trabajo de la presente sentencia, de acuerdo con los salarios percibidos por la trabajadora.

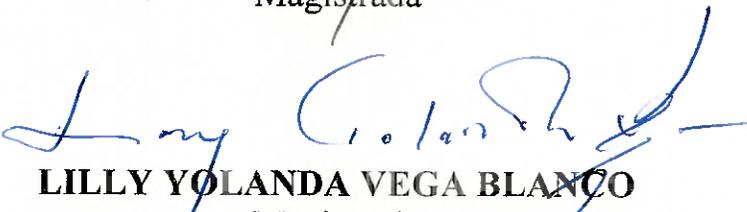
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

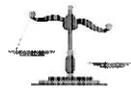
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada, en el sentido de declarar la existencia de tres relaciones laborales entre la señora

Luz Aura Solarte Alvarado y Claribel Villamil Sanabria, por los periodos comprendidos la primera de ellas entre el 5 de noviembre de 2012 y el 31 de diciembre de la misma anualidad, la segunda entre el 1° de mayo de 2015 y el 11 de abril de 2016 y la tercera entre el 20 de diciembre de 2016 y el 28 de julio de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la decisión proferida, en el sentido de condenar a la demandada Claribel Villamil Sanabria al pago del cálculo actuarial en favor de la señora Luz Aura Solarte Alvarado respecto de los días laborados en cada una de las anualidades en las que prestó servicios la demandante equivalentes a 9 días para el año 2012, con un salario por la suma de \$202.500, 57 días en el 2015 con un salario por el monto de 320.625, para el 2016 un total de 47 días con un salario promedio por la suma de \$423.000 y para el año 2017 un total de 109 días con un salario por el monto de \$778.571, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: CONFIRMAR** la decisión de primer grado en todo lo demás. **CUARTO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-006-2017-00517-01 Proceso Ordinario de José Lubiél Lopera Hurtado contra la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de agosto de 2019.

ANTECEDENTES:

El señor JOSÉ LUBIEL LOPERA HURTADO convocó a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario, se declare la existencia de un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 14 de marzo de 2001 y el 27 de junio de 2017, el que se terminó de forma unilateral y sin justa causa, así como que se adeuda el pago de la liquidación de salarios y prestaciones sociales y que como consecuencia de



las anteriores, se condene al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, teniendo en cuenta cada una de las anualidades laboradas, junto con los 10 domingos laborados y no cancelados en la liquidación de salarios y prestaciones sociales, junto con la indemnización de un día de salario por cada día de retardo y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, entre las partes se suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 14 de marzo de 2001, para desempeñar el cargo de jefe de negocios en la ciudad de Bogotá, con horario de trabajo de 8 horas de lunes a domingo, siendo compensados los dominicales y festivos con un día en la semana siguiente; que fue nombrado como administrador en el punto de venta Supermercado Cartago el 17 de febrero de 2016, ubicado en el municipio de Cartago (Valle), siendo trasladado al Supermercado Pereira Plaza ubicado en Pereira el 29 de marzo de 2017; que el actor le hizo entrega de su puesto al nuevo administrador de Cartago el 6 de junio de 2017, presentándose como novedad el faltante de 16 películas debidamente relacionadas y estuches vacíos que se encontraban en el área de averías; que se le informó sobre el inicio de proceso disciplinario el 21 de junio de 2017, adelantándose la audiencia respectiva el 22 del mismo mes y año, en la que se realizaron las imputaciones respectivas y a fin de escuchar los descargos; que la encartada decidió terminar el contrato de trabajo el 27 de junio de 2017; que se le efectuó el pago de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, no obstante, quedó pendiente el pago de 10 domingos laborados en el año 2017, que corresponden a los días 5 de febrero, 12 y 19 de marzo, 2, 16, 23 y 30 de abril, 14 y 28 de mayo y 4 de junio.

Respecto a dichas súplicas, la aquo absolvió a la demandada de todas y cada una de las súplicas incoadas en su contra, por cuanto si bien no hubo



discusión respecto a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes, también lo es, que encontró acreditados los presupuestos para la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral y con justa causa por parte de la demandada, que le fueron endilgados en la carta de terminación. Así mismo, advirtió que si bien se especificaron en la demanda los dominicales supuestamente dejados de reconocer, también lo es, que no se demostró la prestación del servicio en tales calendas, por lo que no se podía imponer condena al respecto.

Frente a las anteriores conclusiones se pronunció el apoderado del demandante peticionando se revoque el fallo y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto hubo una indebida valoración de la prueba, ya que si bien los motivos de terminación del contrato refieren un informe de logística, el que nunca se presentó, así como que no hubo pérdidas a cargo de la encartada. Así mismo, que si bien hubo una pérdida aproximada a los cuatrocientos sesenta y seis mil, no se demostró que en efecto el actor no haya realizado las investigaciones respectivas, situación que ocurre de forma similar respecto de la pérdida de los seiscientos mil pesos, pues no se acreditó que no se hubiera comunicado a la señora Matilde, así como de los cuatro millones, pues no hay medio de prueba testimonial, escrita, medio magnético, correo electrónico o planilla en la que se refiera la relación que debía hacer de la mercancía o de las medidas correctivas que necesitaba adoptar, pues ninguna de ellas está suscrita por el actor, sino por el Jefe Nacional de Inventarios. Finalmente, frente a los dominicales existe el principio de confidencialidad y es más sencillo demostrar que le pagaron por carga dinámica de la prueba, correspondiéndole a Colsubsidio acreditar el pago, de lo que se denota, también una indebida aplicación de la norma.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los puntos de inconformidad planteados por el recurrente, no fue objeto de discusión, la existencia del contrato de trabajo, ni los extremos del mismo, así como el salario devengado por el ex trabajador, y la forma de terminación efectuada de forma unilateral por parte de la demandada, por lo que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si es se encuentra debidamente acreditada las causales para la finalización del contrato de trabajo o si por lo contrario no se encuentran demostradas, circunstancia en la cual se procederá con el estudio de la indemnización respectiva; así como, si es procedente o no el pago de los 10 días dominicales laborados por el actor.

Atendiendo lo anterior, se encuentra a folios 40 y 41 del plenario, copia de la terminación del contrato de trabajo, en la que la ex empleadora adujo como causa para finiquitar el vínculo laboral, lo siguiente:

“Esta Corporación ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del 27 de junio de 2017, ello debido a que la Corporación tuvo conocimiento mediante informa del Jefe de Departamento de Logística y adjuntos (Documentos que hacen parte integral de esta decisión) allegados al Departamento de Relaciones Laborales, además de las investigaciones y validaciones en que tuvo que incurrir la Corporación, de que Usted injustificadamente transgredió sus obligaciones y prohibiciones laborales, por haber sido gravemente negligente en el desempeño de su cargo, dada la audiencia de medidas de control y seguimiento para garantizarle a la Corporación que estuviera realmente la totalidad del inventario y que los procedimientos internos relacionados con los conteos cíclicos, ajuste,



desaguaces y gestión de mercancía próxima a vencerse se cumplieran efectivamente.

Con el fin de corroborar lo anterior, la Corporación lo(a) requirió en diligencia de descargos el 22 de junio de 2017 y una vez analizado su proceso disciplinario detalladamente, se comprobó que las omisiones y conductas por Usted cometidas abiertamente irregulares, fueron negligentes, incumpliendo sus obligaciones y/o prohibiciones laborales, conforme a los procedimientos, al Reglamento Interno de Trabajo de la Caja y la ley. Además de que cada una de las causales mencionadas independientemente consideradas y por sí mismas ameritan esta decisión.”.

Aunado a lo anterior, en el mismo escrito se adujo que la terminación del vínculo se genera con ocasión a la vulneración de los numerales 1º, 3º, 5º y 6º del artículo 58 y numeral 4º (Parte Final) y 6º (primera parte) del literal A del artículo 62 del C.S.T., así como también se incumplían los numerales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 11, 22, 23, 24, 37, 39 y 40 del artículo 48, los numerales 1º, 12, 13, 17 y 50 del artículo 50 y los numerales 1º, 10º, 14, 17, 18, 19, 20, 26, 53 y 58 del artículo 55 del Reglamento Interno de Trabajo, siendo estos:

“ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. *Son obligaciones especiales del trabajador:*

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

3a. Conservar y restituir un buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.



5a. *Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.*

6a. *Prestar la colaboración posible en casos de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen las personas o cosas de la empresa o establecimiento.*

ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *<Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

A). *<Ver Notas del Editor> Por parte del {empleador}:*

4. *Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*

6. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*

ARTÍCULO 48. *Son también obligaciones especiales del trabajador, además de las establecidas en el artículo 41 de este Reglamento las siguientes:*

1. *Realizar Personalmente la labor en los términos estipulados.*
2. *Cumplir estrictamente las disposiciones del presente Reglamento de Trabajo, así como las demás normas que resulten de la naturaleza del contrato, o que estén previstas en las disposiciones legales.*
3. *Observar las normas y procedimientos definidos por Colsubsidio, debiendo en todo caso mantenerse actualizado con los mismos; esto es en lo atinente con la seguridad informática, seguridad industrial y salud ocupacional Códigos de Ética, Transparencia y Buen Gobierno Corporativo, Políticas*



Corporativas y/o normas que sobre confidencialidad o protección de datos defina la Corporación o la ley.

- 5. Informar de manera inmediata a Colsubsidio toda situación que pueda afectar los intereses, bienes y dineros de la Corporación; comunicando oportunamente toda observación que estime conducentes a fin de evitar daños y perjuicios.*
- 6. Informar oportunamente al supervisor inmediato de toda falta o irregularidad que observe en relación con su trabajo o el de los demás trabajadores.*
- 7. Acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta Colsubsidio o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.*
- 11. Evitar cualquier acción u omisión que pueda conducir a cualquier persona o entidad a formular reparos ante Colsubsidio por la conducta y el incumplimiento del trabajador.*
- 22. Conservar y restituir en buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que les hayan facilitado, las materias primas sobrantes e informar inmediatamente cualquier daño o avería que estos sufran.*
- 23. Usar las maquinas, herramientas, armas, vehículos, útiles y elementos solo en beneficio de Colsubsidio.*
- 24. Prestar la colaboración posible en caso de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen a las personas o a los bienes de Colsubsidio.*
- 37. Dar Plena rendimiento en el desempeño de sus labores y laborar de manera efectiva la jornada reglamentaria.*
- 39. Cumplir estrictamente los compromisos de orden económico o semejantes, adquiridos por el trabajador con Colsubsidio o con otros trabajadores.*
- 40. Toda otra obligación que se desprenda de las labores principales, anexas, conexas y complementarias que según lo anterior y según su cargo le incumban al Trabajador.*

ARTÍCULO 50. *Se prohíbe a los trabajadores, además de lo que al respecto establece la ley:*



1. *Ocasionar daños en la maquinaria o elementos de trabajo puestos por Colsubsidio a su disposición, o desperdiciar materia prima o bienes de la Corporación por culpa, descuido o negligencia.*
12. *Ejecutar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad, la de sus compañeros de trabajado, la de sus superiores o la de terceras personas o que amenacen o perjudiquen los elementos, edificios, talleres o propiedades de Colsubsidio.*
13. *Utilizar los útiles o herramientas suministradas por Colsubsidio en objetivos distintos del trabajo contratado.*
17. *Ejecutar acciones que perjudiquen a Colsubsidio en sus intereses y buen nombre ante sus clientes y afiliados.*
50. *Las demás que resulten de la naturaleza misma del trabajo confiado del contrato, de las disposiciones legales, de este mismo reglamento, de las convenciones, pactos y laudos arbitrales y la Ley.*

ARTÍCULO 55. *Los siguientes hechos constituyen faltas graves y podrán dar lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte de Colsubsidio; adicional e independientemente de otros hechos o faltas previstos como justas causas de despido establecido en los contratos de trabajo, en la Ley, en el Código Sustantivo del Trabajo, o en el presente reglamento:*

1. *Incumplir o violar una o cualquiera de las obligaciones o prohibiciones contractuales o reglamentarias.*
10. *Presentar faltantes de dinero en la caja registradora, esta causal es aplicable a los trabajadores que laboran en tal actividad.*
14. *Incumplir las obligaciones protocolo y/o políticas o violar alguna de las prohibiciones que por las exigencias en la prestación del servicio indique Colsubsidio o que correspondan al trabajador en virtud de sus funciones y del cargo que ejecuta; al igual que el incumplir las obligaciones y prohibiciones conexas, anexas y complementarias a tales funciones y cargo.*
17. *El deficiente resultado de acuerdo con el sistema de gestión de desarrollo o en las metas comerciales definidas para el trabajador.*
18. *Cualquier acto grave de negligencia, descuido u omisión en que incurra el empleado en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tal como dejar*



abierta la bóveda de valores; dejar conocer las claves, facilitar contraseñas o usuarios puestas bajo su responsabilidad, etc.

19. Cualquier falta u omisión en el manejo de los dineros, efectos de comercio y valores que el empleado reciba, tenga en su poder o maneje en su labor; o que el empleado disponga de ellos en su propio beneficio o en el de terceros, o que no rinda cuenta del manejo de tales dineros, valores o efectos de comercio de acuerdo con los sistemas y procedimientos establecidos por Colsubsidio o en la oportunidad en que debe hacerlo.

20. cualquier daño que por culpa, negligencia, descuido o por el desobedecimiento de órdenes; cause el empleado en los elementos, maquinarias, equipos, vehículos o materiales puestos bajo su cuidado para el ejercicio de su cargo.

26. El incumplimiento de las obligaciones económicas adquiridas con Colsubsidio por cualquier concepto.

53. Omitir informar de manera inmediata a Colsubsidio toda situación que pueda afectar los intereses, bienes y dinero de la Corporación.

58. Incumplir total o parcialmente la políticas de seguridad informática, seguridad industrial, salud ocupacional, Códigos de Ética, Transparencia y Buen Gobierno Corporativo, Políticas Corporativas y/o normas que sobre confidencialidad o demás normas, circulares que defina o tenga definidas Colsubsidio para sus trabajadores.”.

Ahora bien, se aportó por las partes acta de descargos rendida por el hoy demandante el 22 de junio de 2017, visible a folios 100 a 103 del expediente, en la que se informa:

*“1. **PREGUNTADO:** Reconoce Usted la importancia del cargo que venía ejerciendo como Administrador del Supermercado Cartago y que como tal tenía la obligación laboral de garantizar a Colsubsidio que la totalidad de los movimientos de inventario en el sistema cumplieran con los procedimientos establecidos?*

***CONTESTADO:** Si reconozco la importancia como administrador de cumplir con las instrucciones que se han dado.*



2. **PREGUNTADO:** *Reconoce usted que como Administrador del Supermercado Colsubsidio Cartago estaba prohibido grabar en el sistema ajustes de inventarios sin el cumplimiento previo de la firma del administrador en señal de aprobación?*

CONTESTADO: *Lo de la firma no lo tenía claro, se comenzó a firmar a partir de una visita del Sr. Jhon Moreno hace aproximadamente 1.5 meses, de resto no tenía la instrucción.*

...

5. **PREGUNTADO:** *Que tiene que afirmar con respecto a la afirmación de la auxiliar de información Sonia Marcela Ramírez antes la pregunta: "Conoce usted que como auxiliar de información del Supermercado Cartago le está prohibido grabar en el sistema ajustes de inventarios sin el cumplimiento previo de la firma del administrador en señal de aprobación?" a lo cual respondió: "Sí, pero la directriz del administrador José Lubiel Lopera Hurtado fue que las autorizaciones se realizaban verbalmente por el mismo José Lubiel Lopera o por el Jefe de operaciones Eliana González o Cristian Gil".*

CONTESTADO: *Siempre se daban verbales porque no teníamos claro que había que firmarlas.*

6- **PREGUNTADO:** *Porque considera usted que la auxiliar de información tenía clara la instrucción de tener que firmar las actas antes de grabarlas en el sistema y no usted como administrador?*

CONTESTADO: *Ella lo tendría claro pero yo no y nunca me lo manifestó*

7. **PREGUNTADO:** *Reconoce usted que como Administrador del Supermercado Colsubsidio Cartago debía garantizar la veracidad de la información en el sistema correspondiente a Conteos de inventarios?*

CONTESTADO: *Claro que sí, de acuerdo a la información que pasan.*



8. **PREGUNTADO:** Como puede explicar usted que se hayan encontrado en el Supermercado Colsubsidio Cartago el pasado 6 de junio/17 16 cartuchos vacíos de películas cuyo inventario fue realizado y reportado el 22 - 04 -17 sin faltantes y que a la fecha en que se realiza 6 de junio de 2017, arroje la diferencia negativa de las 16 películas por valor de \$466.707?

CONTESTADO: Las películas siempre las inventariaban las personas encargadas de electro, pero nunca informaron que solo estaban los cartuchos sin el CD correspondiente; después de haberse realizado el inventario informaron que faltaban los CD y se dio la instrucción de dejarlas en la estantería de las averías para investigar que había pasado.

9. **PREGUNTADO:** Por qué razón no se procedió con el ajuste en el sistema al inventario?

CONTESTADO: Porque ellos manifestaron que eso venía de atrás y había que investigar qué había pasado.

10. **PREGUNTADO:** Que tiene que decir con respecto a la siguiente afirmación realizada por la Auxiliar de información Sonia Marcela Ramírez: “Pregunta; Por qué razón no fue ajustado en esa oportunidad el inventario con el faltante?” “CONTESTADO: Porque el administrador del momento José Lubiel Lopera dio la directriz de que se contaran como si estuvieran para posteriormente darles de baja de forma paulatina hasta llegar al inventario general”.

CONTESTADO: No se dio la autorización de ajustar porque quería investigar qué había pasado, al parecer faltaban desde que se abrió la tienda.

...

12. **PREGUNTADO:** Cómo puede usted explicar que se haya encontrado Mercancía contaminada en el cuarto eléctrico por valor de \$694.681 sin gestión de Desguace?



CONTESTADO: *Esa mercancía yo ya había informado a la Sra. Matilde Suárez que estaba contaminada, se aisló en ese cuarto y se estaba haciendo la limpieza procurando recuperarla.*

...

17. PREGUNTADO: *Tiene algo más que agregar?*

CONTESTADO: *Según el informe último de la jefatura de zona quiero manifestar lo siguiente: El día de ayer en el momento de entregarme la citación, hablaba del informe donde pregunté qué informe era porque no tenía conocimiento y me dijo que cuando hiciéramos los descargos me enteraría y una hora después me entregó el informe.*

En meses pasados la Sra. Matilde en una visita al supermercado me manifestó que yo no hacía nada donde le manifesté que no estaba de acuerdo, desde ese momento la Sra. Matilde llegó al día siguiente a hacer revisión al Punto de venta que lo veo bien y sano y el cambio de administración igualmente lo hizo pero al recibir yo Pereira no hizo el mismo proceso de revisión y veo que no hay equidad, por lo tanto siento y manifiesto que la Sra. Matilde Suárez tomó esto a título personal. Además a partir de ese momento las instrucciones que impartía no me las daba directamente y nunca me llamó a hacerme retroalimentación y plan de mejoras.”.

Atendiendo tanto la carta de terminación del vínculo laboral, como el acta de descargos, se advierte que las conductas que se endilgan al actor, son tres, la primera de ellas, es no firmar los ajustes de inventario, no informar sobre el descuadre de inventario referente a 16 películas y el tercero, no informar sobre el descuadre de inventario de mercancía contaminada, enfatizando, que para liberarse del pago de la indemnización por la parte demandada, no se hace necesario acreditar las tres causales, sino que por el contrario, al demostrar una de ellas, es suficiente para determinar que medio justa causa para la finalización del vínculo laboral.



De acuerdo con lo anterior, se advierte que se allegó al plenario copia del documento denominado como "*FORMATO DE REPORTE DE CASOS DISCIPLINARIOS ANTE EL DEPARTAMENTO DE RELACIONES LABORALES*", en el que se informa acerca de la ocurrencia de una serie de incumplimientos por el período comprendido entre el mes de abril y el mes de junio de 2017 en el Supermercado Cartago y cuyo conocimiento se obtuvo por parte del empleador el 6 de junio de 2017, de la que se extrae que se encontraron planillas no archivadas y sin firma del administrador correspondiente a los ajustes de inventarios del punto de venta, para lo cual refieren un total de 19 planillas, así como que se advirtió incumplimiento en los procedimientos de desguace en lo al parecer serían 10 productos, así como que se pone de presente la diferencia de las 16 películas, respecto de las cuales tan sólo se encontró el estuche y por último se indicó que se encontró mercancía contaminada en el cuarto eléctrico, informe que se puso de presente al actor el día en que se notificó de la audiencia de descargos a la que debía comparecer.

En ese orden de ideas, se advierte que si con la sola prueba documental sería suficiente para acreditar las causas que se le endilga al actor en la carta de terminación del contrato de trabajo, por lo que no sería procedente la indemnización reclamada, no obstante, con la declaración de los señores José Ferney Briñez, John Henry Moreno Rodríguez y de las señoras Matilde Suárez León y Eliana González, quienes en términos generales informaron que el actor tenía conocimiento de la imposibilidad de grabar los ajustes de inventario sin la firma del administrador, por cuanto ya se había informado tal situación al Supermercado Colsubsidio Cartago, situación que se dio con anterioridad a la visita del señor Moreno Rodríguez, que se había encontrado una diferencia en el inventario de 16 películas de las cuales tan sólo reposaba el estuche y que para la cuestión de la mercancía contaminada, era necesario sacarla a



cuarentena, rotularla e identificarla, para tener claro el destino que se le debe dar a la misma, así mismo, que el cuarto eléctrico no es el sitio idóneo para el tratamiento de la mercancía, por lo que tales afirmaciones refuerzan los motivos que generaron la finalización del vínculo laboral, por las prohibiciones contenidas tanto en la norma, como en el reglamento interno de trabajo.

Ahora bien, debe indicarse que no es posible acoger el dicho de la parte actora referente a que nunca se puso en conocimiento el informe de logística que ponía de presente las inconsistencias informadas, así como que no se demostró que el actor no hubiere iniciado la investigación relativa a la pérdida de las películas o que no hubiere comunicado a la señora Matilde respecto de los seiscientos mil pesos o a que mercancía se hacía referencia con la pérdida de los cuatro millones, más aún, cuando no existe prueba escrita, medio magnético, correo electrónico o planilla que se encuentre suscrita por el actor en la que se informara sobre la toma de correctivos, pues la encartada debía acreditar la causa del despido, mientras que de forma eventual era el actor quien efecto debió acreditar que realizó la investigación y comunicó a sus superiores el descuadre de inventario. Ahora bien, en lo referente a las planillas que se encuentran sin la firma del actor, si bien tal presupuesto es cierto, también lo es, que los testigos de la parte demandada afirmaron que el actor tenía conocimiento acerca de los errores que ocurrían al interior del supermercado Colsubsidio Cartago y sabía los correctivos que debía tomar, situación que incluso es reafirmada de forma indirecta en la audiencia de descargos, en la que informa que tuvo conocimiento de la firma de ajustes de inventario con la visita del señor John Moreno Rodríguez, así como, que no es atendible la respuesta que brinda el mismo actor, cuando se le pregunta por qué la Auxiliar de Información sí tenía conocimiento de la firma del administrador en el sistema de ajustes



de inventarios, refiriendo que ella lo tendría claro, pero no el demandante, pues no se debe olvidar que el actor era el administrador del punto de venta y por tanto superior jerárquico de la Auxiliar, situación que dejaría sin respaldo su dicho.

Ahora bien, aduce la parte actora que se le adeudan a la finalización del contrato de trabajo 10 domingos laborados en el año 2017, que corresponden a los días 5 de febrero, 12 y 19 de marzo, 2, 16, 23 y 30 de abril, 14 y 28 de mayo y 4 de junio, pretensión a la que se opone la demandada bajo el supuesto que el actor de forma esporádica laboraba los días domingos y cada vez que prestó sus servicios se procedió con el pago respectivo.

En ese orden de ideas, se advierte que tal como lo concluyó la juzgadora de primer grado, el demandante era quien debía acreditar que prestó sus servicios en las fechas antes referidas, para que se produjera el pago del dominical, de conformidad con la carga probatoria de las partes contenida en el artículo 167 del C.G.P., situación que no puede ser pasada por alto en el plenario, bajo el sustento que era la demandada quien debía acreditar los pagos efectuados en favor del trabajador con ocasión de la carga dinámica de la prueba, pues en primer lugar la misma demandada manifestó que se realizó la totalidad de pagos que correspondían al ex trabajador, incluyendo en ellos los días dominicales laborados y en segundo lugar, por cuanto cada parte debe acreditar los supuestos de hecho en que funda sus pretensiones, situación que no realizó la parte actora, por lo que se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo del demandante y sin ellas en la alzada.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Se confirman las de primera instancia y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 1100131050 009 2015 00081 01. Proceso Ordinario de Gloria Vargas Vargas contra Patrimonio Autónomo Regional representado por Fiduagraria y otra (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada respecto de los aspectos que no fueron motivo de inconformidad, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de julio de 2019.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto y en el acta se deja una reseña de los antecedentes.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante mediante el trámite del proceso ordinario laboral, que previa declaración de la vinculación con el Instituto de Seguros



Sociales mediante un contrato de trabajo entre el 11 de abril de 2007 y el 30 junio de 2012, el cual terminó la empleadora sin justa causa; se ordene su reintegro al cargo que desempeñaba al momento del despido, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha del despido y aquella en que se produzca el reintegro; así como el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías convencionales, vacaciones, prima extralegal de vacaciones, prima extralegal de servicios, prima de navidad, las primas técnicas convencionales, los aportes al sistema de seguridad social, la nivelación salarial con los Profesionales Universitarios Especializados vinculados mediante contrato de trabajo o en su defecto el incremento salarial reconocido para los trabajadores oficiales de la entidad para los años 2007 a 2012.

En subsidio de la pretensión relativa al reintegro solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido convencional o en su defecto la legal, las cesantías y la indemnización moratoria o en su defecto la indexación de las sumas adeudadas.

Como sustento de las pretensiones adujo básicamente que prestó servicios para el Instituto de los Seguros Sociales entre el 11 de abril de 2007 y el 30 de junio de 2012, cumpliendo funciones de un Contador Público en el Departamento Financiero.

Afirmó que se vinculó mediante la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios personales, pero que durante el desempeño de sus funciones recibía órdenes, cumplía un horario, acataba reglamentos y se le exigía prestar el servicio en las instalaciones de la entidad, con los elementos que le era proporcionados.



Indicó que al momento de su vinculación le era reconocido como contraprestación por sus servicios la suma de \$1'626.008,00 y que para el año 2012, a la finalización del contrato, percibía la suma de \$1'842.345,00.

Indicó que al interior de la entidad demandada existían trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, que cumplían funciones idénticas a aquellas para la que fue contratada; quienes para el año 2007 tenían una asignación salarial de \$2'199.562,00, \$2'324.717,00 para el año 2008, \$2'503.023,00 para el año 2009, \$2'553.083,00 para el año 2010, \$2'634.016,00 para el 2011 y \$2'765.717,00 para el año 2012.

Adujo que en desarrollo del vínculo nunca se le reconocieron las acreencias laborales solicitadas, y que el mismo finalizó el 30 de junio de 2012 por decisión unilateral e injustificada de la demandada.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la acción así: El Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que no tiene, ni ha tenido ninguna clase de vínculo con la demandante y agregó que en aplicación del principio de legalidad le compete ejercer aquellas funciones que le fueron expresamente señaladas en la constitución y en la ley. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de solidaridad o sustitución de las obligaciones entre el ISS liquidado y la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de relación laboral con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y prescripción.

Por su parte Fiduagraria S.A. en condición de administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en

¹ Cfr fls 209 a 219



liquidación², luego de precisar el alcance de las obligaciones contraídas en el marco del contrato de fiducia, indicó que de acuerdo con la documental presentada la demandante estuvo vinculada con el Instituto de Seguros Sociales mediante contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, y que en ningún caso dichos contratos generan relación laboral. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, entre otras.

Mediante providencia del 12 de septiembre de 2017, se dispuso la vinculación al proceso en condición de litisconsorte necesaria del Ministerio de Salud y la Protección Social; el que una vez notificado dio respuesta a la acción en oposición a todas las pretensiones y propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad entre el ISS y el Ministerio, prescripción, entre otras.

Al desatar las pretensiones de la demanda la servidora judicial de primer grado, declaró que entre la demandante y el Instituto de Seguros Sociales existió una relación de trabajo la cual estuvo vigente entre el 11 de abril de 2007 y el 30 de junio de 2012; y como consecuencia de ello condenó a Fiduagraria S.A. en condición de vocera y administradora del PAR ISS, al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, primas de vacaciones, prima legal de navidad, devolución de aportes y la indemnización moratoria.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que de acuerdo con la

² Cfr fls 220 a 238



naturaleza jurídica del extinto Instituto de Seguros Sociales, así como las funciones que desarrollaba la demandante y la forma en que las cumplió, ésta ostentó la condición de trabajadora oficial; sin embargo, consideró que no era procedente la aplicación en su favor de la Convención Colectiva de Trabajo.

De otra parte indicó que no era procedente imponer condena en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, pues de acuerdo con el decreto

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la demandante solicita se revoque la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado en relación con la falta de aplicación de la convención colectiva de trabajo y la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado en relación con indemnización moratoria, la indemnización por despido y el incremento salarial.

Aduce al efecto que la Convención Colectiva de Trabajo de acuerdo con el artículo 471 del C.S.T., el que establece su prorroga automática en los casos en que no sean denunciadas; y agrega que los derechos que se causaron en vigencia del contrato de trabajo ya fueron adquiridos y le corresponden a su mandante, de modo que a su juicio no le asiste razón a la juez de primer grado, máxime cuando las sentencias tienen efectos declarativos y no constitutivos.

Señala que en el texto convencional se establece un método para la liquidación de cesantías y vacaciones, motivo por el que solicita se revise el valor de la condena impuesta por estos conceptos; y que así mismo el texto



extralegal establece la prima técnica para trabajadores no médicos, una prima extralegal de servicios y un incremento salarial.

En punto al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, afirmó que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL986 de 2019, en un caso de exactos contornos determinó su procedencia, dado que el vencimiento de un plazo pactado no es una justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo a término indefinido.

En relación con la indemnización moratoria afirma no estar de acuerdo con la limitación que se impuso, pues a su juicio el examen de la buena o la mala fe no debe hacerse al liquidador, sino al ISS que fue el empleador y que en razón a ello la condena por este concepto no debe limitarse en razón a liquidación de la entidad.

Aduce que en caso de no aceptarse el argumento expuesto y se persista en la limitación debe revisarse el valor reconocido por ese concepto, en tanto considera que su mandante tiene derecho a un mayor valor al reconocido en primera instancia por dicho concepto.

Finalmente solicita se condene al Ministerio de Salud, para lo cual aduce que, si bien el mismo tiene una obligación de garantía, es decir en caso de que no exista patrimonio suficiente para asumir el pago de las obligaciones por parte del ISS y de esa forma debe indicarse.

Por su parte la apoderada de Fiduagraria en condición de vocera y administradora del PAR ISS se opone a la declaratoria de la existencia de la relación laboral declarada, para lo cual solicita se tengan en cuenta las particularidades del caso, como lo es el ejercicio de una profesión liberal por parte de la demandante, en la cual se dio pleno asesoramiento a uno de los



departamento financiero del ISS, el cual dependía plenamente de la presidencia configurándose a su juicio la condición de empleada pública de la demandante.

En el mismo sentido, solicita se tenga en cuenta la autonomía de la demandante en la prestación del servicio, pues la prestación del servicio al interior de la entidad no era de manera permanente y que en el ejercicio de las visitas tenía plena autonomía para cumplimiento de los horarios y que las rutas de visitas eran establecidas por un líder contratista.

De otra parte, solicita se revoque la condena por aportes al sistema de seguridad social en tanto que la demandante mediante la suscripción de los contratos de prestación de servicios se obligó a asumir el pago de estos emolumentos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 254 de 2000, el Estado ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. corresponde asumir igualmente el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,



CONSIDERACIONES:

La controversia que suscita la atención de la Sala, se centra en primer término en establecer si hay lugar a declarar que la demandante en condición de Contadora Pública ostentó la condición de trabajadora oficial; y en caso afirmativo, determinar si tiene derecho a la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, si es procedente el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria en la forma solicitada; igualmente corresponde establecer si el Ministerio de Salud y Protección Social se encuentra obligado al pago de dichas condenas.

En lo que respecta a la existencia del contrato de trabajo cuya declaratoria se solicita, dado que la demandada plantea por una parte que no es procedente dado que en virtud de la profesión que desempeñó la demandante debía considerarse empleada pública, y por otro, que los servicios de la demandante eran prestados con total autonomía; por razones de carácter metodológico considera oportuno tener en cuenta que la naturaleza jurídica de la entidad frente a la cual se reclama la condición de empleador, es un ente que con ocasión a la expedición del Decreto 2148 de 1992 se le dio el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional y en tal virtud, de acuerdo con lo que al efecto establece el 5° del Decreto 3135 de 1968, por regla general sus servidores son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

En este mismo sentido, corresponde indicar que mediante el Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de la misma anualidad el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales determinó que ostentan la condición de empleados públicos, entre otros, "*Los Servidores Profesionales y*



Secretarias Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.”

En tal sentido, no resulta de recibo el argumento que plantea la apoderada de la entidad demandada, en consideración a que si bien la demandante ejerció funciones propias de un Contador Público, dentro del material probatorio aportado al proceso al proceso no se advierte que su cargo estuviera adscrito al despacho “...del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director” ni que prestaran servicios para alguno de estos.

En consecuencia, procede la Sala a determinar si entre la demandante y el extinto ISS existió o no una relación de carácter laboral, para lo cual corresponde tener en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, para que se configure la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos: 1. **La actividad personal o prestación del servicio** 2. **La dependencia o continuada subordinación**, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y; 3. **La existencia de salario**.

En el asunto no es objeto de discusión entre las partes que la demandante prestó servicios personales a favor del extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de abril de 2007 hasta el 30 de junio de 2012, aspecto que por demás se establece con las certificaciones expedidas por el Jefe de Departamento de Recursos Humanos del Instituto de Seguros Sociales, visibles a folios 23 a 29, y los contratos de prestación de servicios que suscribieron, adosados a folios 5 a 22; prestación del servicio que al tenor



de lo dispuesto en el artículo 20³ del Decreto citado, permite presumir la existencia de la relación laboral que se reclama.

En este punto a juicio de la Sala, resulta imperativo advertir a la accionada que la jurisprudencia ha indicado que la referida presunción no se desvirtúa con la simple exhibición de los contratos de tipo comercial, civil, o incluso de naturaleza administrativa suscritos entre las partes, pues independientemente del rótulo que se le dé al contrato que estas suscriben, lo que resulta determinante es lo que sucede en el campo de los hechos, esto es, la forma como se ejecuta la prestación del servicio.

Y en tal sentido, aun cuando la carga probatoria recae en la demandada advierte la Sala que de las declaraciones vertidas por los testigos Edgar Arturo Maya Oliva y Miller Eduardo Riascos Belalcazar personas que en condición de compañeros de trabajo tuvieron una relación directa con la demandante en desarrollo de los contratos de prestación de servicios; y de cuyo dicho es posible establecer el carácter subordinado con que la demandante ejecutaba las actividades para las cuales fue contratada, a pesar de que para la suscripción de los contratos con los que se vinculó se señalara su sujeción a lo normado en la Ley 80 de 1990, pues refieren que se desempeñaban en el cargo de Asesor de Cuenta y Fiscalizador de Aportes, en virtud del cual se propendía por el recaudo de aporte al sistema general de pensiones, prestando acompañamiento y asesoría a los empleadores; y que en cumplimiento de sus funciones tenían que realizar visitas a empleadores presentar informes y atender el público, que además debía cumplir horario, salvo cuando se tenían que hacer visitas y se le exigía el cumplimiento de metas de recaudo; además refieren que recibía órdenes de los asistentes del Jefe del Departamento Financiero y de este último directamente.

³“El contrato de trabajos e presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.”



Ahora, aun cuando tal como lo refiere la recurrente, los deponentes indicaron que cuando se realizaban las visitas no se cumplía un horario, a juicio de la Sala ello no desvirtúa el carácter subordinado con que se prestó el servicio, pues además de que las visitas tan solo se realizaban una vez a la semana, la demandante tenía que rendir informes de las mismas y que incluso algunas veces de parte de la oficina del Jefe del Departamento Financiero se realizaban llamadas a los sitios a donde se desplazaban para confirmar que se hubiera realizado la visita.

Las razones expuestas son suficientes para determinar la existencia del vínculo laboral, razón por la que se confirmará la decisión que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado, pues aun cuando el Instituto de Seguros Sociales contaba con la posibilidad para celebrar contratos de prestaciones de servicios en los términos de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que esto no la faculta para desconocer derechos laborales.

Establecida como se encuentra la existencia de la relación laboral deprecada, considera la Sala oportuno determinar desde ahora la responsabilidad de las demandadas en torno a los derechos que pudieran surgir entorno al referido vínculo.

Al respecto corresponde indicar que a la finalización de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, su Liquidador suscribió el contrato de Fiducia Mercantil 015-2015⁴ con la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A.-, en virtud del cual se constituyó un Patrimonio Autónomo de Remanentes cuyo objeto entre otros consiste en “...la atención y gestión de las obligaciones remanentes y contingentes, así como la atención y gestión de los procesos judiciales ... a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN...”.

⁴ Cfr fls 172 a 188



Así mismo, corresponde tener en cuenta que en cumplimiento de orden emanada del Consejo de Estado a efectos de que se diera cumplimiento al párrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, el Ministerio de Salud y la Protección Social expidió el Decreto 541 de 2016, modificado por el Decreto 1051 de la misma anualidad, precepto éste último que en su artículo primero, expresamente estableció:

“Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguro Social liquidado.

El trámite de pago podrá hacerlo el Ministerio de Salud y Protección Social directamente o a través del Patrimonio Autónomo de Remanentes constituido por el liquidador del extinto Instituto de los Seguros Sociales, u otro que se determine para tal efecto.”

En ese orden, no le cabe duda a la Sala acerca de la responsabilidad del pago de las acreencias laborales a que pueda tener derecho la demandante se encuentran a cargo tanto del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS como del Ministerio de Salud y Protección Social, y de esa forma se dispondrá en la parte resolutive.

Dilucidado lo anterior y por razones de carácter metodológico la Sala analizará la prosperidad de la excepción de prescripción que propusieron tanto la vocera y administradora del PAR ISS, como el Ministerio de Salud y Protección Social, y frente a la cual no existió ninguna clase de pronunciamiento por parte de la servidora judicial de primer grado.

Al respecto, corresponde tener en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y S.S. el término prescriptivo de los derechos laborales es de tres años, los cuales comienzan a contabilizarse a partir del momento en que se hacen



exigibles, pero puede ser interrumpido por una sola vez con la reclamación escrita; la que en el presente asunto se elevó el 8 de julio de 2013⁵ y como la demanda se presentó oportunamente, considera la Sala se encuentran prescritos los derechos reclamados que se causaron con anterioridad al 8 de julio de 2010.

DERECHOS CONVENCIONALES

En torno a la procedencia de la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo que suscribió el Instituto de Seguros Sociales con la organización sindical Sintraseguridadsocial, basta a la Sala tener en cuenta que dentro de la documental aportada se encuentra el acuerdo colectivo⁶, con la correspondiente constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo y que conforme con los artículos primero y tercero del mismo, contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, la demandante ostenta la condición de beneficiaria en razón a que el sindicato firmante actuaba como mayoritario, en consecuencia para no hacerle extensivos los beneficios convencionales era necesario que se acreditara que la referida organización sindical con posterioridad a la suscripción del acuerdo extralegal no contaba con el número de afiliados.

Acorde con lo anterior, corresponde a la Sala analizar la procedencia del reconocimiento de derechos de carácter extralegal que se reclaman.

INCREMENTOS POR SERVICIOS PRESTADOS

Al respecto se tiene que el artículo 40 del texto extralegal, efectivamente dispuso un incremento salarial que oscila entre un 6% y un 8% para los

⁵ Cfr fls 3 y 4.

⁶ Cfr fls 101 a 136.



trabajadores que tengan una antigüedad de 1 a 10 años de manera que resulta procedente su reconocimiento a favor de la accionante.

En tal sentido, como para la fecha en que ingresó a la demandante al servicio de la demandada el pago del referido incremento se encontraba congelado hasta el 31 de diciembre de 2011 por expresa disposición del mismo precepto que consagró el derecho, resulta procedente el reconocimiento del incremento a partir del 1º de enero de 2012, momento para el que contaba con menos de 5 años, motivo por el que se hizo acreedora a un incremento equivalente al 6,50%; de manera que para todos los efectos se tendrá que para dicha anualidad la demandante devengaba un salario de \$1'962.097,00.

PRIMA TÉCNICA

Solicita la demandante el reconocimiento de esta prima que establece la Convención Colectiva de Trabajo; al respecto corresponde tener en cuenta que el artículo 41 A del referido texto extralegal, previó a favor de los profesionales no médicos una prima del 10% de la asignación básica mensual, en el caso de los profesionales generales y del 12% para el caso de los profesionales especialistas.

Al respecto corresponde indicar que en tanto en los diversos contratos mediante los que se vinculó a la demandante se consignó que se contrataban los servicios "*PROFESIONALES de CONTADOR PÚBLICO*" resulta procedente acceder a su reconocimiento, razón por la que teniendo en cuenta la prosperidad de la excepción de prescripción, se condenará a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$4'459.514,66

VACACIONES



Sobre el particular corresponde señalar que el artículo 8° del Decreto 3135 de 1968 prevé que los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a 15 días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio y el artículo 48 de la Convención Colectiva, a su turno señala que se reconoce ese mismo número de días cuando el trabajador tenga hasta 5 años de servicio pero si supera los 5 y no más de 10 años de servicio, se les reconoce 18 días; descanso remunerado, que tal como lo dispone el artículo 47 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, prohíbe su compensación en dinero, a menos que el servidor público no las hubiere disfrutado y quede retirado del servicio.

En ese orden de ideas, como quiera que en ejecución de los contratos de prestación de servicios la demandante no disfrutó de ningún periodo de descanso, resulta procedente su reconocimiento de la suma de \$4'120.404,59 correspondientes a los periodos de los años 2009 a 2012, teniendo en cuenta para el efecto la prosperidad de la excepción de prescripción.

PRIMA DE VACACIONES

En los términos del artículo 49 de la Convención Colectiva de Trabajo, este derecho se reconoció a favor de quienes tuvieran al menos 5 años de servicio en cuantía equivalente a 20 días de salario básico y a favor de quienes tengan más 5 años de servicio y no más de 10 años de servicio en cuantía equivalente a 25 días de salario.

En consecuencia, efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes la demandante tiene derecho al reconocimiento de este derecho únicamente respecto del año 2012, por la suma de \$1'308.064,95.

PRIMA DE SERVICIOS



El artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo establece el reconocimiento de este derecho, en dos primas al año, causadas en forma semestral, cada una de ellas equivalente a 15 días de servicio de salario para quienes hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa, pagaderos en los primeros 15 días de junio y en los primeros 15 días de diciembre y sobre los salarios devengados para el 30 de mayo y el 30 de noviembre respectivamente.

En ese orden de ideas, realizados los cálculos matemáticos correspondientes la demandante tiene derecho al reconocimiento de la suma de \$3'716.262,21, correspondiente al segundo semestre del año 2010, al año 2011 y el primer semestre del año 2012, ante la prosperidad parcial de la excepción de prescripción.

AUXILIO DE CESANTÍAS

A esta prestación tiene derecho los trabajadores oficiales, en virtud de lo que al efecto establece la Ley 6 de 1945, el Decreto 3118 de 1968 y la Ley 344 de 1996; sin embargo en el asunto, el mismo se reconoce conforme con lo que al efecto establece la Convención Colectiva de Trabajo, la cual en su artículo 62 sobre el tema de las cesantías estableció que el ISS debía proceder a liquidarlas a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, y a partir del 31 de diciembre del año 2002 y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente.

En consecuencia, al realizar las operaciones aritméticas de rigor e incluyendo los factores que establece la norma extralegal, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la suma de \$9'670.508,85.



INTERESES A LAS CESANTÍAS

De acuerdo con lo que establece el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, este derecho se liquida de forma anual, corresponde al 12% respecto de las cesantías del respectivo año objeto de liquidación y se cancelan durante el mes de enero.

Acorde con lo anterior, resulta procedente acceder al reconocimiento de éste derecho en la suma de \$520.139,81

PRIMA DE NAVIDAD

Acogiendo el criterio adoptado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL981 – 2019 resulta procedente su reconocimiento, en los términos en que se encuentra prevista en los artículos 32 y 33 del Decreto 1045 de 1978, puesto que la prima de servicios extralegal establecida en la Convención no tiene la vocación de excluirla.

Y corresponde a un mes de salario por año de servicios, o proporcional en razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios motivo por el que ante la prosperidad parcial de la excepción de prescripción corresponde reconocer por ese concepto la suma de \$3'716.262,21.

PAGO DE APORTES EN PENSIÓN

La servidora judicial de primer grado accedió a la devolución a la demandante de la proporción de los aportes que le correspondía efectuar al Instituto de Seguros Sociales en condición de empleador.



Al respecto corresponde señalar que, de acuerdo con los artículos 17 de la Ley 100 de 1993, es obligación del empleador afiliar y pagar la parte que a él corresponde de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión de sus trabajadores, motivo por el que resulta procedente condenar a la demandada a la devolución de las sumas que por dicho concepto cubrió la demandante, razón por la que se ordenará el pago por dicho concepto de la suma de \$1'013.887,20; aclarando de un lado, que las sumas reconocidas corresponden al valor de la diferencia del aporte que cubrió el trabajador y se encontraba a cargo del Instituto de los Seguros Sociales en condición de empleador y de otro, que en tanto no se trata del pago de la cotización para el sistema sino a favor de la demandante dichas sumas se ven afectadas por el fenómeno de la prescripción.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5° de la Convención Colectiva de Trabajo, la procedencia del pago de la indemnización por despido, se encuentra soportada sobre la terminación de la relación laboral por parte del Instituto de Seguros Sociales por causa distinta a las legalmente establecidas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965.

En ese orden de ideas considera la Sala que para su procedencia, era a la demandante a quien le correspondía acreditar que el vínculo finalizó como consecuencia de la determinación de la entidad accionada, y solo verificado este supuesto correspondía al empleador correr con la carga de la prueba de demostrar la justa causa de la terminación del vínculo; pese a ello, contrario a lo que considera el apoderado de la parte actora, no existe dentro del plenario medio probatorio que dé a la Sala certeza de esta situación, pues los deponentes nada refieren sobre el particular, razón por la que se



confirmará la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En punto al reconocimiento de esta indemnización, se considera oportuno señalar que insistentemente la jurisprudencia laboral, ha señalado que la sanción establecida en el Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática, ya que para determinar su viabilidad debe examinarse la conducta del acreedor y si de ese análisis se colige que el no pago o el pago deficitario de salarios, prestaciones o indemnizaciones se debe a la creencia de no deber suma alguna hay que exonerar por este concepto.

En ese sentido, para imponer o exonerar de esta sanción, no es suficiente por una parte, la mera declaración de la existencia del vínculo laboral, como por otra, no basta con que el empleador señale o contraponga a la declaratoria del contrato de trabajo otro tipo de vínculo, ya que en este último evento se requiere de un examen de los medios de prueba para verificar hasta qué punto el convencimiento del empleador tiene tal fuerza para excusarlo de haber negado el reconocimiento y pago de los derechos laborales de su verdadero trabajador y no simple contratista.

En el asunto, a juicio de la Sala la demandada en realidad no estuvo revestida de buena fe para negar las acreencias laborales de la trabajadora; y en efecto, no puede existir una creencia sincera y convincente por parte de la pasiva de haber desarrollado desde el inicio un contrato de prestación de servicios para suplir ciertas necesidades propias del giro normal de actividades de la accionada y adicionalmente quedó establecido el cumplimiento de un horario que le imponía la entidad, obligaba a descartar cualquier tipo de independencia para desarrollar la labor contratada. Por



tanto, si por disposición legal se sabe que cualquier intento de suprimir la libertad de horario del contratista dentro de una entidad pública, conlleva a que se presente un elemento típico de subordinación, aquella no puede persistir en su idea de seguir contratando bajo esa figura, así como tampoco seguir dando órdenes, y en general asimilando o dándole el mismo trato que a un trabajador de su planta de personal, sin hacer ninguna distinción, pues lo único que los diferencia será el rótulo de la contratación, pero en general se trata del mismo tipo de trabajador, tal como se puede establecer dentro del proceso de la prueba testimonial recepcionada.

Sin embargo, como bien lo indicó el juez de primera instancia, la misma se limita con ocasión a la liquidación definitiva, esto es, al 31 de marzo de 2015, fecha en la cual se suscribió el acta final de liquidación de la demandada, pues a partir de ese momento quien ostentó la condición de empleadora dejó de ser sujeto de derechos y de obligaciones, y aun cuando la Nación es garante respecto de las obligaciones que contrajo la entidad, en virtud de tal condición no es dable trasladarle las cargas derivadas del incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad liquidada.

En ese orden de ideas, como no se pagaron las prestaciones sociales adeudadas en favor de la trabajadora dentro de los 90 días siguientes a la finalización del vínculo laboral, se tiene que se adeuda un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales, por lo que resulta procedente el reconocimiento por este concepto de la suma de \$58'862.922,75.

No merece ningún reproche la determinación que se acogió en torno a la indexación de las sumas adeudadas desde 1° de abril de 2015 hasta la fecha en que se produzca el pago de las sumas adeudadas; en tanto la indemnización moratoria se reconoce hasta el 31 de marzo de 2015 y es



evidente la pérdida de poder adquisitivo de las sumas adeudadas desde esa data hasta el momento en que se produzca su pago.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia, ante la prosperidad parcial del recurso de apelación las de primer grado a cargo del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.-REVOCAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

SEGUNDO.- MODIFICAR los literales a), b), c), d), f), g) y h) del ordinal tercero de la sentencia recurrida en el sentido de condenar al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS al pago de \$9'670.508,85 por concepto de cesantías; \$520.139,81 por concepto de intereses a las cesantías; \$4'120.404,59 por concepto de vacaciones; \$3'716.262,21 por concepto de prima de servicios; \$1'368.064,95 por prima de vacaciones; \$3'716.262,21 por prima de navidad; \$1'013.887,20 por concepto de



devolución de aportes en salud; y, \$58'862.922,75 por indemnización moratoria.

TERCERO.- CONDENAR al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS al reconocimiento y el pago de la suma de \$4'459.514,66 por concepto de prima técnica, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal quinto de la sentencia recurrida a efectos de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción.

QUINTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

SEXTO.- COSTAS sin lugar a su reconocimiento en esta instancia; las de primer grado a cargo del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 012 2019 00731-01. Proceso Ordinario José Ricardo Valencia Cubillos contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 25 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la invalidez de la asignación por múltiple vinculación ante Colpensiones, así como la validez del formulario diligenciado y presentado ante la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A.; y como consecuencia de ello se encuentra válidamente afiliado a ésta última entidad; se condene a Colpensiones a trasladar la totalidad de las semanas cotizadas



y a Porvenir S.A. a activar su afiliación, recibir todas las semanas trasladadas por Colpensiones y reconocer en su favor la pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia, junto con los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 8 de febrero de 1955 que se vinculó al Instituto de los Seguros Sociales el 15 de enero de 1973 y se afilió a la AFP Horizonte S.A. el 30 de septiembre de 1994.

Indicó que a partir del 19 de octubre de 1994 decidió residenciarse en los Estados Unidos, razón por la que dejó de efectuar aportes y que en el año 2014 al encontrarse próximo a cumplir la edad para pensión decidió consultar el estado de su derecho pensional, y se le informó que no se encontraba afiliado a la AFP Horizonte S.A., sino a Colpensiones.

Afirmó que mientras se encontraba en los Estados Unidos, decidió asesorarse pro Colpensiones vía telefónica, en donde se le indicó que para solicitar su derecho pensional debía suscribir formulario de afiliación, a lo que procedió el 3 de mayo de 2016, sin tener conocimiento de que le asistía un mejor derecho si hubiera definido su afiliación en el RAIS.

Señaló que Colpensiones mediante Resolución SUB6628 del 15 de enero de 2018 al resolver recurso de apelación ordenó el reconocimiento en su favor de la indemnización sustitutiva pro la suma de \$37'049.358,00, derecho que nunca reclamó y frente al cual solicitó su desistimiento.

Sostuvo que el conflicto de multivinculación se dirimió de conformidad con el Decreto 3995 de 2008, sin embargo se efectuó de forma incorrecta, debido a que la última cotización efectiva se realizó a Horizonte S.A. para el ciclo de noviembre de 1994 y de acuerdo con lo previsto en el artículo 2° de éste



conjunto normativo en caso de que el afiliado en situación de multiplevinculación no haya efectuado cotizaciones entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007 se entiende vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización.

Finalmente indica que de acuerdo con la liquidación efectuada por el grupo Trust Group Consultores en el régimen de ahorro individual con solidaridad le asiste derecho a una pensión de aproximadamente \$4'181.674,00

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹ adujo en esencia que el conflicto de multivinculación que se presentaba frente al demandante se definió de acuerdo con el Decreto 3995 de 2008, puesto que no registraba cotizaciones en el periodo comprendido entre el 1° de julio de y el 31 de diciembre de 2007 y la última cotización la reporta ante Colpensiones por el ciclo de diciembre de 1994. Propuso en su defensa las excepciones de petición antes de tiempo, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de la AFP Porvenir, prescripción y compensación.

Colpensiones² a su vez sostuvo que la afiliación del demandante se determinó de acuerdo con lo que al efecto establece el Decreto 3995 de 2008 y propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual consideró en esencia de un lado que la

¹ Cfr fls 94 a 103

² Cfr fls 118 a 121.



existencia de formulario de afiliación no es el único elemento para determinar la vinculación de un afiliado, y de otro que de acuerdo con las reglas establecidas en el Decreto 3995 de 2008 para los casos de multivinculación el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones en tanto la última cotización la reporta con dicha administradora.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Sostiene la apoderada de la parte actora, en síntesis, que su mandante suscribió formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. el 30 de septiembre de 1994, circunstancia que reconoció Colpensiones en la certificación emitida el 29 de diciembre de 2012; y que la última cotización que reporta al sistema general de pensiones se realizó a dicha entidad según lo certificó su otrora empleador Bancolombia S.A. razón por la que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3995 de 2008 el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.

Afirma entonces que se debe tener en cuenta esa voluntad que manifestó su mandante al suscribir el formulario de afiliación a Horizonte S.A. y de esa manifestación hoy depende de si se le reconoce o no una pensión de vejez, pues al no ser beneficiario del régimen de transición no tiene derecho a su reconocimiento ante Colpensiones, pero que ante Porvenir S.A. de acuerdo con el capital que acumula le asistiría el derecho a una pensión. Por lo que desconocer esa manifestación de voluntad afecta derechos fundamentales de



su mandante como lo son los de la seguridad social, el debido proceso y la dignidad humana.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

En virtud del principio de consonancia que establece el artículo 66A del C.S.T. el análisis de la Sala se circunscribe a determinar el régimen al que se encuentra válidamente afiliado el demandante, y de ser éste el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la AFP Porvenir S.A.

Con tal propósito, en lo que interesa al asunto, se debe señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado dentro del plenario con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, así como el formulario de afiliación a la AFP Horizonte, que el demandante estuvo afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de enero de 1973 y que el 30 de septiembre de 1994 suscribió formulario de afiliación a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías; tampoco es objeto de discusión que se consideró por parte de las demandadas que el demandante se encontraba multivinculado y que mediante el correspondiente comité procedieron a determinar que se encontraba válidamente afiliado a Colpensiones.

En esas condiciones y en los términos en que se encuentra planteada la impugnación, importa advertir por la Sala que la Ley 100 de 1993 introdujo con su expedición, la existencia de dos regímenes pensionales excluyentes



entre sí, de un lado el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y de otro, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; el primero de estos administrado, conforme a lo dispuesto en el literal “b” del artículo 6° del Decreto 692 de 1994, por el Instituto de Seguros Sociales “...y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas y mientras no se ordene su liquidación.” Y el Régimen de Ahorro Individual, administrado por “...las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, AFP, o las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantía, AFPC”.

Corresponde tener en cuenta que a pesar de que se estableció la libertad de vinculación y traslado por parte del afiliado entre uno y otro régimen; tal facultad no fue establecida de forma omnímoda, pues el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 desde un principio estableció que “[u]na vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial.” condición que a partir de la expedición de la Ley 797 de 2003, sólo puede efectuarse por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, siempre y cuando no le falten menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

En este punto, y en lo que interesa al asunto corresponde tener en cuenta que de acuerdo con lo que al efecto establecen tanto el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, como el inciso 1° del artículo 2° del Decreto 3995 de 2008, se considera que una persona se encuentra en situación de múltiple vinculación precisamente cuando se traslada de régimen o administradora antes del término previsto en la ley.

Ahora bien; de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, quienes para el 31 de marzo de 1994 se encontraban afiliados al ISS no les es aplicable la prohibición de traslado de régimen



antes de los tres años, de manera que contaban con la posibilidad de trasladarse de régimen en cualquier tiempo; circunstancia que ratificó el Decreto 3995 de 2008 al indicar en su artículo 3° que “[l]as personas que venían vinculadas al Instituto de Seguro Social, ISS, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, que no diligenciaron un formulario de afiliación o de ratificación ante dicho Instituto y seleccionaron el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, con o sin observancia del término legal establecido, también se entenderán válidamente vinculadas al RAIS.”

Bajo tal perspectiva, y contrario a lo que consideraron en su oportunidad las entidades demandadas y en el presente asunto el servidor judicial de primer grado, el demandante no se encuentra en una situación de múltiple vinculación, pues su traslado al régimen de ahorro individual efectuado el 30 de septiembre de 1994 era válido y fue efectivo, al punto que en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones aportado en el expediente administrativo³ se advierte que para el 30 de septiembre de 1994 se reportó una novedad de retiro.

Se precisa en este punto que, el hecho de que con posterioridad al traslado del demandante al RAIS, su empleador hubiere efectuado en forma equivocada la cotización del aporte correspondiente al mes de diciembre de 1994 a Colpensiones en modo alguno permite establecer que se esté ante una situación de múltiple afiliación, y para ello basta acudir a lo que para el efecto se previó en el artículo 5° del Decreto 3995 de 2008, en la que se establecen criterios en casos de “Cotizaciones erróneas, aportes sin vinculación, afiliaciones simultáneas, compartibilidad pensional”, previendo para el primer evento que “...cuando se realicen cotizaciones a cualquier administradora distinta de la seleccionada válidamente por el afiliado, se debe proceder a regularizar la situación, trasladando las cotizaciones y la información a la administradora seleccionada válidamente y a la cual se encuentra vinculado

³ Cfr CD fl 159 archivo “19271998/GEN-ANX-CI-2014_2712449-20140407092816”



el afiliado...”, lo anterior en cuanto, de acuerdo con la relación de aportes expedido por la AFP Porvenir S.A.⁴ sí se efectuó la cotización correspondiente al ciclo de noviembre de 1994 al RAIS, pues en caso contrario se aplicaría la regla establecida en el inciso primero del referido artículo, es decir, se entendería válidamente afiliado a la administradora en que se hubieren efectuado las cotizaciones.

No desconoce la Sala que la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL14236 de 2015, en aplicación del principio de primacía de la realidad indicó que *“...el simple diligenciamiento de un formulario y la pretensión de una afiliación puramente formal, se desvanece ante unas cotizaciones continuas, prolongadas y maduradas, que ofrecen razones de la voluntad del afiliado y la administradora que las recibe, y denota una situación fáctica real de inscripción a un determinado régimen de pensiones...”*, lo cierto es que en el asunto, tan solo se efectuó la cotización correspondiente a un periodo a Colpensiones después de que se trasladó de régimen, de manera que no resulta aplicable al asunto dicho criterio jurisprudencial

En las condiciones analizadas, dado que no se está ante una situación de múltiple vinculación, dado que la afiliación del accionante al RAIS se efectuó dentro de los términos legales y el pago erróneo de aportes no da lugar a tal condición; contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, se declarará que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al fondo que actualmente administra la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y en cuanto los aportes correspondientes al mes de noviembre y diciembre de 1994, correspondían a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colpensiones deberá efectuar el traslado de los mismos.

⁴ Cfr fl 114



De otra parte, aun cuando se reclama por parte del demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia a cargo de la AFP Porvenir S.A., a juicio de la Sala ello no es procedente, en tanto al tenor de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 100 de 1993 la demandada no se encuentra facultada para reconocer pensiones de vejez bajo tal modalidad.

Hasta aquí el estudio de la Sala, sin costas en esta instancia, las de primer grado a cargo de las demandadas.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia impugnada, para en su lugar, **DECLARAR** que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al fondo que actualmente administra la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

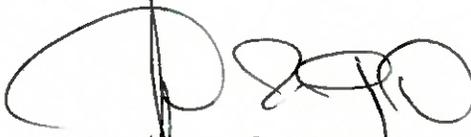
SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada Colpensiones a efectuar el traslado de los aportes correspondientes a los ciclos de noviembre y diciembre de 1994.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada, las de primer grado a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-012-2020-00143-01. Proceso Ordinario de Luz Elena Arango de Mondragón contra Colpensiones. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 10 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicita la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que en virtud del principio de favorabilidad que establece el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, le asiste derecho a la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de su derecho pensional de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del mismo conjunto normativo; se condene a al demandada a reliquidar su mesada pensional



teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$392.476,00 y una tasa de remplazo del 78%, a partir del 1° de septiembre de 1993, la indexación de las sumas adeudadas e intereses legales a una tasa del 6% anual sobre el retroactivo causado y la indexación.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicita se tenga en cuenta que le asiste derecho a la reliquidación de su mesada pensional, teniendo en cuenta como salario base mensual la suma de \$309.108,76 de acuerdo con el párrafo 1°, numeral II del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990; y que como consecuencia de ello se condene a la demandada a la reliquidación de su mesada pensional a partir del 1° de septiembre de 1993, al pago del retroactivo generado por las diferencias entre el valor de la mesada pensional, la indexación de las sumas adeudadas e intereses legales del 6% anual sobre las sumas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones señaló básicamente que el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución 4149 del 24 de marzo de 1994, reconoció en su favor pensión de vejez bajo los parámetros previstos en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía inicial de \$193.725,00 efectiva a partir del 1° de septiembre de 1993.

Afirmó que para establecer la cuantía de su derecho pensional se tuvo en cuenta un total de 1.054 semanas, un salario base mensual de \$284.365,29 y una tasa de remplazo del 78%.

Adujo que el 14 de septiembre de 2017 solicitó ante la entidad accionada la reliquidación de su derecho pensional, la cual le fue negada mediante Resolución SUB256812 del 15 de noviembre de 2017, pero sin embargo



reconoció su condición de beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Y que el 5 de agosto de 2019 volvió a solicitar la reliquidación de su derecho pensional, para lo cual adujo que se acogía al principio de favorabilidad establecido en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993.

Una vez notificada la accionada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones¹, adujo en su defensa que no es procedente la reliquidación del derecho pensional de la demandante dando aplicación a la Ley 100 de 1993, en consideración a que dicho conjunto normativo entró en vigencia a partir del 1° de abril de 1994 y la demandante adquirió el estatus pensional el 27 de julio de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, entre otras.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, al considerar en síntesis, de un lado, que no era procedente la reliquidación del derecho pensional de acuerdo con la Ley 100 de 1993, para lo cual consideró en esencia que el derecho pensional de la accionante se causó antes de la vigencia de dicho conjunto normativo y que por tal razón no podría ser considerada beneficiaria del régimen de transición que el mismo establece; en este punto precisó que el principio de favorabilidad puede darse en caso de transición normativa, en la aplicación de la Ley en el tiempo, o en la aplicación de normas vigentes al momento de consolidar la situación jurídica.

En punto a las pretensiones subsidiarias adujo básicamente que no era procedente la indexación de los salarios base de cotización debido a que ello

¹ Cfr fls 63 a 68



solo es posible con la Ley 100 de 1993, y que además, no se dan los presupuestos para el efecto puesto que la prestación se reconoció al momento en que la demandante se retiró del sistema.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente que el servidor judicial de primer grado dejó de aplicar el principio de favorabilidad que establece el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, el que afirma, de acuerdo con criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL450 de 2018, le permite a cualquier afiliado acogerse a las normas de la Ley 100 de 1993 si le resultaba más favorable, en cuanto a lo contenido en leyes anteriores.

Afirma que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se estatuto para salvaguardar los derechos de los beneficiarios del sistema de seguridad social, frente a las desventajas de la nueva legislación; pero que, a su juicio, ello no implica que se excluya la posibilidad de hacerse a las ventajas que el nuevo régimen contenga de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 288 de dicho conjunto normativo.

De otra parte, afirma que también se aparta del criterio de liquidación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en su artículo 20, pues si bien se ajusta a lo que establece la norma no se está tomando en cuenta el criterio de indexación, en cuanto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado la procedencia de la actualización del salario base en todo tipo de pensiones sin consideración a la fecha de su otorgamiento.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En virtud del trámite del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar, si resulta procedente la reliquidación de la pensión de vejez que se reconoció a la demandante de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1° de septiembre de 1993; dando aplicación para el efecto a lo que prevé el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; o en su defecto si es posible la actualización de los salarios base de cotización para la determinación del salario base de liquidación que prevé el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Con tal propósito, corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes, que el extinto Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución 004149 del 24 de marzo de 1994 reconoció a favor de la demandante pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 1994 en cuantía inicial de \$193.725,00, y que tal derecho lo reconoció de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990. Supuestos que por demás se establecen en el referido acto administrativo visible a folio 31 del plenario.

Ahora bien, para determinar la procedencia de la aplicación del régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993, para reliquidar la prestación de vejez que le fue reconocida a la demandante en los términos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, considera la Sala oportuno tener en cuenta el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia proferida dentro del radicado 23.798 de 2005, ésta última reitera en las sentencia SL-450 de 2018 a que hace alusión



el recurrente, en las que entorno a la aplicación del artículo 288 de la Ley 100 de 1993 señala:

“En el derecho del trabajo y en el de la seguridad social ha prevalecido la tesis según la cual las normas legales que consagran derechos laborales o prestacionales son inmediatamente aplicables sin ser verdaderamente retroactivas. Se ha admitido que la nueva ley pueda regular contratos de trabajo o situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a su promulgación pero que se hallen en curso, esto es, que no se hayan extinguido o consolidado. A este fenómeno jurídico, bien se sabe, se le ha denominado retrospectividad de la ley.

En tratándose de derechos para cuya adquisición se precisa del transcurso de un período de tiempo prolongado, cual acontece con las prestaciones que atienden la vejez, es claro que una reciente ley que se expida modificando los requisitos para obtener el derecho, necesariamente deberá mirar hacia el pasado, pues habrá de encontrarse con una o varias situaciones que se encuentren en desarrollo; así, el tiempo de prestación de servicios o de cotizaciones al sistema y, desde luego, la edad de quien aspira a beneficiarse de la prestación.

(...)

Así las cosas, no existe ninguna razón para que se impida que el derecho a la pensión sea cobijado por las disposiciones de una nueva normatividad, pues en cuanto el afiliado mantenga esa condición y no haya cumplido los requisitos para obtener tal prestación, podrá seguir avanzando hacia la consolidación de ellos, porque quien pretenda pensionarse, si no ha satisfecho las exigencias reclamadas por la ley, tiene el derecho a continuar en su búsqueda. (Resalta la Sala)

Y en la sentencia SL-450 de 2018, aun cuando se analizaba la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, agregó:

“La protección especial de favorabilidad que contiene el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 difiere sustancialmente de la retrospectividad en materia



laboral y de seguridad social, por cuanto, tal como lo tiene adoctrinado esta Corporación, esta figura se predica para los eventos en que la nueva ley regula contratos de trabajo o situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a su expedición pero que se hallen en curso o desarrollo, esto es, que no se hayan extinguido o consolidado, lo cual excluye una aplicación retroactiva de la ley, que es la prohibida justamente por el artículo 16 del C.S.T., pues ésta sí comporta la aplicación de normas posteriores sobre hechos ya consumados y definidos en el pasado.”

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, ningún reproche merece la negativa del servidor judicial de primer grado a reliquidar el derecho pensional de la actora dando aplicación a la Ley 100 de 1993, en tanto que la demandante consolidó su derecho al reconocimiento de la pensión de vejez al abrigo del Acuerdo 049 de 1990 y bajo tal perspectiva, no resulta de recibo dar aplicación retroactiva a la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de indexar los salarios base sobre los que se determina el ingreso base de liquidación de la prestación de vejez; sin adentrarse a la procedencia o no de la indexación de la primera mesada no es viable cuando la prestación ha sido reconocida conforme con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990; basta a la Sala tener en cuenta que en cuanto la indexación de sumas de dinero se ha erigido como una forma de contrarrestar los efectos negativos que tiene la devaluación de la moneda, en el presente asunto no es procedente ordenar la indexación de la primera mesada pensional en la medida que el derecho pensional se reconoció a la demandante al momento del retiro del sistema.

En efecto, dado que se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandante efectuó cotizaciones hasta el 1° de septiembre de 1993 y a partir de esa misma fecha el extinto Instituto de Seguros Sociales reconoció la prestación de vejez, no resulta procedente ordenar la indexación de la primera



mesada pensional, en tanto que no se advierte depreciación monetaria que corregir.

En las condiciones analizadas, la Sala confirmará la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

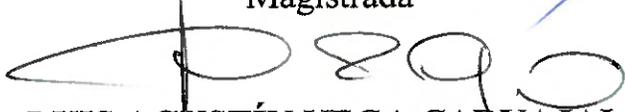
RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000,00.

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-016-2017-00151-01. Proceso ordinario de Luis Fernando Santamaría Sierra contra Control Colombia S.A. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la encartada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de agosto de 2019.

ANTECEDENTES:

El señor LUIS FERNANDO SANTAMARÍA SIERRA convocó a la sociedad COMTROL COLOMBIA S.A., a fin que previo a los trámites de un proceso ordinario se condene al pago de salarios causados entre el 1º de enero de 2014 y el 24 de octubre de 2016, que corresponde a primas, bonificaciones y horas extras, determinándose un salario mensual por la suma de \$2.400.000, más bonificación no salarial correspondiente a la



suma de \$1.100.000, re liquidándose el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones , las sanciones mayoritarias, la indemnización por el pago de las bonificaciones no salariales, junto con la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, así como que surgió una nueva relación laboral del 1° de abril al 22 de octubre de 2016 y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre la demandada y la Agencia Nacional de Hidrocarburos se celebró contrato No. 26 de 2007; que entre el actor y la encartada se celebró contrato de trabajo a término indefinido, pactándose como retribución un salario mensual por la suma de \$2.400.000, más una bonificación no salarial por el monto de \$1.100.000; que se suscribió entre las partes acuerdo transaccional el 14 de septiembre de 2016, por la suma de \$46.704.845, respecto de los valores que se adeudaban a dicha fecha, documento que no corresponde a la realidad y que se firmó bajo presión y necesidad, pues el hijo del actor padece de síndrome de Down y requería tratamientos y medicamentos; que el actor se desempeñó sin percibir salario hasta el 24 de octubre de 2016.

Frente a estas súplicas, el aquo encontró acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes mediante contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 1° de enero de 2014 y el 31 de marzo de 2016, que finalizó por mutuo acuerdo, así como, que el actor percibía una bonificación mensual que era parte del salario, pues su pago era permanente y habitual, de conformidad con la presunción de la confesión a la demandada ante la inasistencia de su representante legal a la audiencia de conciliación, así como a la certificación emitida por la pasiva, sin que dicho extremo procesal lograra demostrar que los pagos efectuados se realizaban conforme lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T. y por tanto condenó a la encartada al pago reliquidado de las



prestaciones sociales, compensación de las vacaciones en dinero, junto con la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 el pago de los intereses moratorios, al pago reliquidado de los aportes en pensiones, teniendo en cuenta para ello un IBC por la suma de \$3.500.000, las costas del proceso y absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida y en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto el Juez desconoció concernientes a la audiencia celebrada el 5 de agosto de 2019, pues se presentó la excusa sumaria ante la inasistencia del representante legal, basando su decisión en lo dispuesto en el Código Procesal del Trabajo y desconociendo lo dispuesto en el artículo 620 del C.G.P., norma que modificó la de carácter laboral y al aplicarse ésta, se tuvo como cierto o se presumió que el actor siempre percibió la suma de \$1.100.000, sin embargo, en el interrogatorio de parte del demandante hubo contradicciones en el sentido que unas veces se pagaban y otras no, así como que en un momento refería que eran permanentes y habituales, no obstante, después manifestaba que se recibían en bonos de Sodexo Pass, sin embargo, tales presupuestos no fueron pedidos, ni demostrados, por lo que mal hace el aquo en reconocer una presunción y tener en cuenta una certificación emitida el 30 de septiembre de 2016, como un monto que percibió durante toda la vigencia de la relación laboral. Así mismo, por cuanto en el acuerdo transaccional que se realizó el pago por la suma de \$46.000.000, pues en la misma no se estableció el pago de la bonificación que reclama el actor, el que no fue aceptado por el aquo, por lo que se deben valorar en debida forma los medios de prueba aportados,



partiendo de que la tutela estudia un caso particular y concreto, que no tiene efecto vinculante para el proceso laboral. Finalmente, adujo que le parece excesivo la suma establecida por agencias en derecho por la suma de \$5.000.000, pues el abogado no tuvo que hacer mayor esfuerzo o reconocimiento, como que no tuvo que hacer comparecer a la encartada al proceso de forma forzada, presentándose la contestación respectiva, por lo que la suma es exagerada.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no existe controversia en la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos temporales de la misma y la forma de terminación del vínculo, corresponde a la Sala de Decisión determinar si en efecto hubo una indebida aplicación de la norma por parte del fallador de primer grado, frente a la falta de asistencia del representante legal de la demandada a la audiencia de conciliación, y una vez establecido ello, establecer si hubo una indebida valoración de los medios de convicción, que llevaron al fallador de primer grado a tener en cuenta la bonificación como factor salarial y por tanto ordenar la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al Sistema General de Pensiones.

De acuerdo con lo anterior, la encartada aduce en su recurso que no debió darse aplicación a lo consagrado en la normatividad contemplada en el C.P.T. y de la S.S., sino que por el contrario la norma aplicable era la contenida en el artículo 620 del C.G.P., en lo atinente con la inasistencia a la audiencia de conciliación, norma que establece:



"ARTÍCULO 620. Modifíquese el párrafo 2o del artículo 1o de la Ley 640 de 2001, el cual quedará así:

"Párrafo 2o. Las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el municipio del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre por fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse con la comparecencia de su upoderado debidamente facultado para conciliar, aun sin la asistencia de su representado".

Atendiendo la norma anterior, se advierte que el artículo que modifica la Ley 640 de 2001, es el referido con las facultades de conciliación que puede ejercer el apoderado en el momento en el que cuente con dicha facultad, siempre y cuando la parte no se encuentre en el lugar donde se va a celebrar la misma o esté fuera del territorio nacional, no obstante, el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la posibilidad de aplicar normas análogas o el Código Judicial, siempre y cuando no exista disposición especial¹, por lo que se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el artículo 77 del mismo compendio normativo, que dispone:

ARTÍCULO 77. AUDIENCIA OBLIGATORIA DE CONCILIACIÓN, DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS, SANEAMIENTO Y FIJACIÓN DEL LITIGIO. <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición. El nuevo texto es siguiente:> *Contestada la demanda principal y la de reconvención si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública, la cual deberá*

¹ **ARTICULO 145. APLICACION ANALOGICA.** *A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial.*



celebrarse a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de notificación de la demanda.

...

En la audiencia de conciliación se observarán las siguientes reglas:

Si alguno de los demandantes o de los demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para celebrarla, la cual será dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha inicial, sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento.

Excepto los casos contemplados en los dos (2) incisos anteriores, si el demandante o el demandado no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales:

1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito.

2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

Las mismas consecuencias se aplicarán a la demanda de reconvención.

3. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciará como indicio grave en su contra."

Así las cosas, se advierte que en efecto no era posible aplicar la norma que pretendía la parte demandada al momento de celebrarse la audiencia



de conciliación, pues en primer lugar, por cuanto existe norma expresa en materia laboral que impide la aplicación de disposiciones analógicas y en segundo lugar, por cuanto la misma norma es clara y específica en indicar que si no comparece la parte demandante o demandada a la audiencia de conciliación, como ocurre respecto de la encartada en el caso bajo estudio, se presumirían como ciertos los hechos de susceptibles de confesión de la demanda o si de los mismos no se podía deprecar dicha confesión, se tendrían como indicio grave en su contra.

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto el fallador de primer grado no incurrió en una indebida aplicación de la norma procedimental, sino que por el contrario aplicó la disposición especial contenida en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, resaltando que si bien se presentó prueba sumaria de que el representante legal al parecer se encontraba de viaje, también lo es, en primer lugar que la apoderada de la encartada no solicitó el aplazamiento de la audiencia, en segundo lugar, que la diligencia había sido programa y comunicada mediante auto del 4 de marzo de 2019, notificada mediante estado No. 032 del 5 del mismo mes y año, y en tercer lugar, por cuanto tal y como consta del certificado de existencia y representación legal que se acompañó con la demanda, la sociedad demandada cuenta con dos representantes legales, por lo que ante la ausencia de uno, el restante debía comparecer a la diligencia, situación que no se llevó a cabo por la pasiva y por tanto era procedente la declaratoria de confesión impuesta por el fallador de primer grado.

Ahora bien, frente al segundo problema jurídico referente a la indebida valoración de los medios de prueba, tal como lo manifestó el aquo, al declararse la confesión respecto de los hechos susceptibles de tal figura, era la parte demandada quien debía acreditar que en efecto la



denominada bonificación no salarial, en efecto no era retributiva del servicio, ni servía para el enriquecimiento del patrimonio del trabajador. No obstante lo anterior, la demandada Control Colombia S.A., no cumplió con la carga probatoria contenida en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., toda vez, que sólo aportó desprendibles de nómina de los meses de mayo y junio de 2014, en la que consta como salario básico la suma de \$2.400.000, sin embargo, no aportaron los demás desprendibles de nómina emitidos en vigencia de la relación laboral, documentos que tenía en su poder.

En lo que respecta al interrogatorio de parte del demandante debe precisarse que contrario a lo que aduce la apoderada de la demandada referente a que en unos momentos se refiere por el señor Santamaría Sierra que se hacían dichos pagos en efectivo y en otras respuesta a que se hacía entrega de bonos sodexo pass, lo cierto es que el actor en todo momento manifestó que los pagos se realizaban mediante los mencionados bonos en suma mensual de \$1.100.000 y si bien habla de unos pagos en efectivo, ello hacía referencia a que se le realizaban unos anticipos de salario, pues la empresa adeudaba los mismos y le eran cancelados de forma parcial y que de un tiempo en adelante, sino le pagaban el salario, mucho menos lo referente a la bonificación, de lo que se advierte que lo aducido por el extremo activo no es nada diferente, a que se le realizaba el pago de forma mensual y permanente, mientras la liquidación de la compañía lo permitió.

Aunado a lo anterior, es necesario señalar que revisado el acervo probatorio se observa que a folio 12 del plenario se aportó por la parte actora certificación emitida por parte de la demandada, en la que hace constar que el actor tenía una *“asignación mensual prestacional de*



\$2.400.000 (Dos Millones Cuatrocientos Mil pesos m/cte.) y una bonificación no salarial de \$1.100.000 (un millón cien mil pesos m/cte.) con un contrato a término indefinida”, la que fue expedida el 30 de septiembre de 2016 y de la que se puede constatar que el actor laboraba para la compañía desde el 1º de enero de 2014, misiva que no fue tachada, por lo que goza de plena validez.

Recuérdese, que la Máxima Corporación Laboral de antaño² ha expuesto que las certificaciones con contenido laboral gozan de plena validez, situación que fue expuesta recientemente en sentencia del 8 de octubre de 2014, con radicación No. 41948, así:

“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifi[fi]que el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral”.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que en la certificación emitida por la pasiva, en la que deja saber lo concerniente con el salario mensual devengado por el actor, junto con una bonificación denominada como no

² CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666.



salarial, se manifiesta que tales conceptos eran pagados de forma mensual, por lo que al acreditarse el pago, debía demostrarse que el mismo no se orientaba a reconocer la prestación del servicio, ni tenía como fin incrementar el patrimonio del ex trabajador, situación que se reitera no fue demostrada por la encartada.

En el mismo sentido, debe advertirse que tampoco le asiste razón a la pasiva frente a la fuerza que pretende se le otorgue al acuerdo transaccional suscrito entre las partes el 14 de septiembre de 2016, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su reiterada jurisprudencia ha establecido que para que la transacción tenga sus efectos jurídicos, debe versar sobre derechos inciertos y discutibles, sin embargo, revisado el documento en su integridad y que reposa a folios 222 y 223 del plenario, se advierte que lo transigido en dicho documento, no fue nada diferente a la deuda que ostentaba la hoy demandada por conceptos de salarios, auxilio de cesantías, intereses a la cesantías, primas de servicios y vacaciones que se adeudaban hasta el 31 de marzo de 2016, derechos que en primer lugar no son inciertos, ni discutibles, pues se originaron con la existencia del contrato de trabajo y en segundo lugar, por cuanto en el mismo no se refirió de forma alguna a los posible elementos que integraban el salario, situación por la cual no se puede pretender que se tenga en cuenta la transacción allegada.

Ahora bien, debe indicarse que si bien la parte actora presenta inconformidad respecto de las costas fijadas por el aquo, también lo es, que su desconcierto se circunscribe en el monto fijado por concepto de agencias en derecho, situación que no puede ser desatado en este momento procesal; fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado.



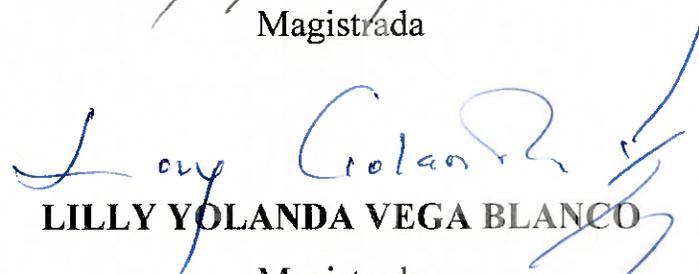
Finalmente, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno referente con los montos de la liquidación establecida por el fallador de primer grado, ni respecto del pago de la indemnización moratoria establecida por el aquo, teniendo en cuenta que tales conceptos no fueron objeto de apelación por la parte interesada mediante el recurso de apelación.

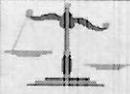
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** de ambas instancias a cargo de la demandada: fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-016-2017-00151-01. Proceso ordinario de Luis Fernando Santamaría Sierra contra Control Colombia S.A. (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-018-2016-00491-02. Proceso Ordinario de Solangel Vanegas Romero contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de noviembre de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que la demandada terminó el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo, así como, que tal determinación se debe dejar sin efecto y que como consecuencia de las anteriores, se condene al restablecimiento de las condiciones laborales de la trabajadora oficial del Ejército Nacional, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales causadas entre el momento en que se originó la



finalización del vínculo laboral y el momento en que se proceda con el reintegro de la trabajadora al cargo que venía desempeñando y las costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó como trabajadora oficial al Ejército Nacional el 15 de noviembre de 2007, desempeñando sus funciones en el Batallón de Intendencia No. 1 “*Las Juanas*”, ejerciendo funciones permanentes, habituales y reiteradas, contrato de trabajo que se renovó por espacio de 7 años; que en el Batallón las Juanas se presentaron irregularidades tales como la modificación de los contratos de trabajo a partir de diciembre de 2014, se pagó de forma parcial la prima de mitad de año, no se realizó el reajuste anual de salarios para el año 2015, se hacía la entrega incompleta de las dotaciones, siendo amenazadas con la terminación del vínculo laboral; que se suscribió queja ante la Procuraduría General de la Nación por las irregularidades que se presentaban el 27 de julio de 2015, por lo que mediante oficio del Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional del 4 de agosto de 2015, decidió dar por terminado de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo de la actora, por lo que se expidió la resolución No. 1838 del 11 de agosto de 2015, mediante la cual se materializó la decisión anterior; que la demandante elevó reclamación administrativa el 1º de septiembre de 2015, la que fue complementada el 11 de noviembre de la misma anualidad, no obstante, no se ha dado respuesta alguna; que es madre cabeza de familia y tiene a su cargo a sus dos hijos menores de edad, respondiendo económicamente por ellos y su cuidado, de nombres Julián Andrés y Solangie Paola Mayo Vanegas, así como que tiene a su cargo el cuidado de su progenitora Yudis Romero Caballero de 56 años de edad; que con ocasión de las dificultades económicas, se trasladó junto con sus hijos a la ciudad de Riohacha en la Guajira; que se encuentra sin trabajo, salario y en estado de total desprotección; que según oficio emitido por el Comandante



del Batallón las Juanas del 13 de enero de 2016, las funciones que desempeñaba la demandante se mantienen.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que si bien se acreditó la calidad de progenitora de los menores Julián Andrés y Solangie Paola Mayo Vanegas, también lo es, que no se acreditaron los requisitos para acreditar la calidad de madre cabeza de familia de la misma, pues no se demostró que en efecto fuera quien sostuviera económicamente ni a los menores, ni a la señora madre de la demandante, de conformidad con la jurisprudencia constitucional emitida por la Corte Constitucional.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida, solicitando se revoque la decisión proferida por el *aquo* y en su lugar, se accedan a las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto si bien de forma eventual la actora puede percibir algún elemento económico por parte de su esposo o padre de sus hijos, también lo es, que la protección, ayuda y control de tareas se encuentra a cargo de la demandante, lo que acredita la condición de madre cabeza de familia a tal punto, que en la actualidad la demandante se encuentra viviendo y laborando en la ciudad de Puerto Inírida, ya que no encontró como desempeñar su labor de ingeniera industrial ni en la ciudad de Bogotá, ni en la ciudad de Riohacha en la Guajira, por lo que se debió trasladar a dicha ciudad para desempeñar sus funciones en el CDA para el Desarrollo Sostenible del Norte y Oriente del Amazonas, no obstante, no cuenta con ningún tipo de apoyo emocional por parte de sus familiares, ni del padre de sus hijos, enfatizando, que si bien se aportó el registro civil de nacimiento de sus hijos, ello era para acreditar la calidad de progenitora de los mismos, más no, que el padre le suministre el apoyo económico respectivo, a tal punto, que si se contara con el mismo no se habría ido para la ciudad de Puerto Inírida, cumpliendo así con los requisitos para tenerse



como en la calidad de madre cabeza de familia, situación que conlleva a conceder las pretensiones de la demanda y a proteger la prevalencia de los derechos de los niños a crecer en su núcleo familiar.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, así como sus extremos temporales y que el mismo se finalizó de forma unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, quien procedió con el pago de la indemnización respectiva, el problema jurídico a resolver en esta instancia, se circunscribe en determinar si la demandante acredita los presupuestos para que le sea tenida en cuenta la calidad de madre cabeza de familia y de acreditarse tal condición, establecer si es procedente el reintegro y pago de salarios y prestaciones sociales causados desde el momento en que se originó la finalización del contrato de trabajo y el momento en que se proceda con el reintegro en el cargo que venía desempeñando.

De acuerdo con lo anterior, para el estudio planteado se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, que establece:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. *<Apartes en letra itálica* **CONDICIONALMENTE** *exequibles> De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de*



jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”.

Aunado a lo anterior, mediante sentencia emitida por la H. Corte Constitucional en sentencia C – 044 de 2004, dispuso que dicha protección también se extiende en favor de los padres que se encuentren en las mismas condiciones, ello para dar prevalencia al derecho de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

Así mismo, mediante Decreto 190 de 2003 se reglamentó la Ley 790 de 2002, estableciendo en el numeral 1.3 del artículo 1º, en el artículo 12 y en el literal a) del numeral 13.1 del artículo 13, se dispuso:

“1.3 Madre cabeza de familia sin alternativa económica: Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada. (...)

Artículo 12. Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1º del presente decreto. (...).

13.1 Acreditación de la causal de protección

a) Madres cabeza de familia sin alternativa económica: Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de las servidoras públicas, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de



Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, debe ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez; (...).”.

De acuerdo con lo anterior, para otorgar la condición de madre cabeza de familia a la demandante, se debe acreditar por parte de la misma, que tiene hijos menores de 18 años y que dependan económicamente y exclusivamente de ella, momento en el cual se acredite tal presupuesto, la entidad antes de proceder con el retiro de la trabajadora, debe revisar la hoja de vida de la misma y establecer si existe o no otra persona de la que se pueda derivar capacidad económica y los respectivos aportes al sistema de seguridad social.

Así las cosas, advierte esta Sala de Decisión que en efecto la actora acreditó la existencia de hijos menores de 18 años con los registros que reposan a folios 88 y 89 del plenario, de los que se puede extraer que es progenitora de los menores Julián Andrés y Solangie Paola Mayo Vanegas, quienes para el momento de la terminación (5 de agosto de 2015), contaban con 5 y 9 años respectivamente.

No obstante, la H. Corte Constitucional en sentencia SU – 388 de 2005, tuvo oportunidad de pronunciarse frente a la condición de madre cabeza de familia, en el siguiente sentido:

“(...) para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la



ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

De acuerdo con lo anterior, además de acreditarse la existencia de los hijos menores de edad, también se debe demostrar por la parte interesada los 4 presupuestos que ha establecido la Jurisprudencia Constitucional, advirtiendo desde ya, que los mismos no se encuentran acreditados en su integridad, sino tan solo en los concernientes con los dos primeros, pues se probaron los atinentes con los hijos menores de edad, así como, que su cuidado es de forma permanente, sin embargo, no existe probanza alguna de la que se pueda constatar que el padre de los menores se sustrajo del cumplimiento de obligaciones o el motivo para sustraerse de dichas obligaciones o que incluso, los demás miembros de la familia no cumplen con sus deberes dentro del núcleo familiar y por tanto, la obligación completa recae sobre la madre o padre, más aún, cuando la pasiva afirmó en su contestación que el progenitor de los menores señor Ramón Mayo Villegas es suboficial activo del Ejército Nacional y por tanto cuenta con trabajo y salario formal, para aportar en el sustento de sus hijos, situación que no puede ser pasada por alto, ya que la hoy demandante podría iniciar los trámites jurisdiccionales respectivos para contar con el apoyo económico del padre de los menores, si es que no lo hubiese, pues la parte actora no demostró tal sustracción de las obligaciones y por el contrario, se tenga como tal dicho presupuesto, bajo el entendido que la actora se fue a vivir a la ciudad de Riohacha en la Guajira y en de forma posterior a Inírida en el Guainía, no obstante, tal situación eventualmente se generó de acuerdo con el propio dicho de la apoderada de la actora, por cuanto no encontró como emplearse en su condición de ingeniera industrial,



más no, por la falta de cumplimiento de las obligaciones del señor Mayo Villegas.

Ahora bien, debe precisarse que si bien dentro del proceso reposa declaración extra juicio rendida ante la Notaría Primera del Círculo de Riohacha por parte de la señora Yudi belén Romero Caballero¹, en la que informa que es la madre de la aquí demandante y que por ello sabe y le consta que la actora es quien cubre las necesidades no solo de la declarante sino de sus menores hijos, también lo es, que la misma se quedaría corta frente a su valor probatorio, pues si bien se aduce que la deponente depende económicamente de su hija, también lo es, que no se demostró la incapacidad para trabajar que tiene la señora Romero Caballero y que genere de forma directa la calidad de madre cabeza de familia por tal condición, así como tampoco respecto de sus nietos, pues se reitera, el padre de los menores se encuentra en servicio activo en el Ejército Nacional y no se demostró respecto de éste la falta de cumplimiento de sus deberes como padre, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado.

Hasta acá el análisis del Tribunal. Costas de primer grado a cargo de la parte actora y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

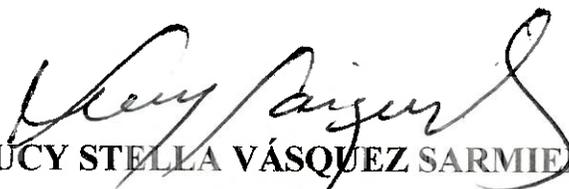
¹ Cfr. Fl. 93.



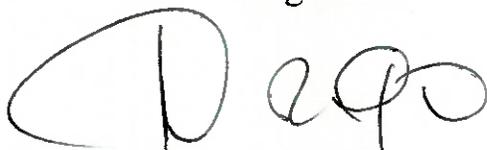
Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-018-2016-00491-02. Proceso Ordinario de Solangel Vanegas Romero contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional (Apelación Sentencia).

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 6 de noviembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. Costas de primer grado a cargo de la demandante y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001 31 05 026 2018 00609 01. Proceso Ordinario
Martha Liliana del Pilar Sañudo contra Colpensiones y otras
(Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 25 de enero de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un vicio en el consentimiento que al indujo a error en la afiliación ante la falta de cumplir con el deber de información por parte de la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello la nulidad o invalidez de su afiliación al régimen de ahorro individual con



solidaridad, así como que continua afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la AFP Protección S.A. a efectuar la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació 8 de septiembre de 1961, que efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida que actualmente administra la demandada Colpensiones, desde el 18 de abril de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1994.

Afirmó que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a partir de noviembre de 1996, mediante la gestión de uno de sus asesores.

Indicó que el asesor de la AFP Porvenir S.A. la indujo a realizar el traslado bajo la promesa de que allí su pensión sería superior a la que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida, que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y perdería sus aportes en pensiones.

Señaló que el asesor de la AFP Porvenir S.A. no suministró ninguna información previa a la afiliación sobre la manera como se liquidaría la pensión, ni ninguna información financiera acerca de los requisitos que debía cumplir en el fondo privado, ni en el de prima media para obtener una pensión.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que la afiliación de la demandante al RAIS tiene plena validez y que a la fecha cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión y acceder a su traslado

¹ Cfr fls 54 a 58.



generaría su descapitalización. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, y cobro de lo no debido.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.² adujo básicamente que la demandante se encuentra válidamente al régimen de ahorro individual y no existe ninguna causal legal que faculte a declarar su nulidad o ineficacia. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.³ adujo en esencia que el traslado de la demandante al RAIS se efectuó de forma libre y voluntaria, y con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, debida asesoría del fondo, entre otras.

Mediante providencia del 7 de octubre de 2019, la servidora judicial de primer grado dispuso la vinculación en condición de litis consorte necesario de Old Mutual Pensiones y Cesantías, sociedad que dio respuesta en forma oportuna a la demanda y manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones, sin embargo propuso las excepciones de pago y buena fe.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y condenó a la demandada Protección S.A. a trasladar a la Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros causados, sin

² Cfr fls 70 a 85.

³ Cfr fls 123 a 131.



descontar suma alguno por cuotas de administración; así mismo condenó a Colpensiones a aceptar el traslado y contabilizar las semanas cotizadas por la demandante; y condenó a la AFP Protección S.A. al pago de las costas del proceso.

Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se debe verificar si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen y los beneficios que obtendría, y que en el asunto no se acredita que a la demandante se le hubiera ilustrado acerca de las características, condiciones, accesos y efectos que le conllevaría trasladarse al régimen de ahorro individual, así como las diferencias de éste frente al régimen de prima media con prestación definida.

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación el cual les fue concedido.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Protección S.A. solicitó se revoque la determinación adoptada en relación al traslado a Colpensiones de los gastos de administración.

Aduce al efecto que la comisión de administración es un descuento autorizado por la Ley, en virtud del cual se faculta a los fondos privados para realizar la deducción de un porcentaje sobre el valor de los aportes que realizan los afiliados al sistema, y que opera en los dos regímenes.

Indica que se aportó al proceso el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con la que se acredita que los



rendimientos que han tenido los aportes de la demandante y que representan una ganancia para la demandante debido a la gestión de su representada; de manera que el traslado de los gastos de administración se constituye en un enriquecimiento sin causa, en tanto se trata de dineros que no están destinados a la financiación de la pensión de la demandante.

Sostiene que de acuerdo con el mismo argumento que emplea la servidora judicial de primer grado, si las consecuencias de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelven a su estado anterior, no habría porque trasladar los rendimientos que se generaron única y exclusivamente por la administración que efectúa el fondo privado, y por tanto solo sería procedente el traslado de los aportes al régimen de ahorro individual, sin los rendimientos.

Señala que la condena a la devolución le correspondería asumirla a su representada de su patrimonio y en el presente litigio no fue materia de los hechos una condena en perjuicios, sino que verso tan solo sobre una ineficacia en la afiliación; máxime cuando la demandante se trasladó ante su representada ya se encontraba inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 y por ende no existía alguna razón para que la recibiera como afiliada.

Por su parte la apoderada de la demandada AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena impuesta en contra de su representada por concepto de las costas del proceso; para lo cual aduce que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual fue válida y no puede declararse ineficaz en cuanto se realizó en el año 1996, y que para ese momento se estaba ante el deber de información necesaria.

Solicita se tenga en cuenta que fue la demandante quien se acercó a las a una oficina de Porvenir a solicitar asesoría para trasladarse de régimen de



pensiones y que conforme lo reconoció la propia demandante que no le representa mayor interés su futuro pensional que por esa razón no solicitó asesorías posteriores.

Solicita se tenga en cuenta que la demandante reconoció las modalidades bajo las cuales se reconocían pensiones en el Instituto de Seguro Social y a pesar de ello decidió trasladarse voluntariamente a una administradora privada; y que además reconoció que la información relativa a que el Seguro Social se iba a liquidar la obtuvo de diferentes medios más no de los asesores de Porvenir S.A.

Aduce que el formulario de afiliación que suscribió la demandante es una prueba *ad substantiam actus* mediante la cual se manifiesta su voluntad de permanecer en dicho régimen, máxime cuando además realizó dos traslados horizontales, que deben ser tenido en cuenta como actos de relacionamiento, los que a su juicio permiten suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen pensional.

Finalmente señala que la propia demandante reconoció que su inconformidad recae en relación con el monto de la prestación y que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Protección, razón por la que la que los recursos de su cuenta de ahorro individual fueron trasladados.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga⁴, posición

⁴ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino



que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es

con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



que tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones. Obligación de la que, contrario a lo que plantea la apoderada de la demandada Porvenir S.A., no se libera por el hecho de que el futuro afiliado concurra a sus oficinas a efectuar la afiliación.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso “...desde la antesala de la



afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello los traslados que se efectuaron en el propio régimen de ahorro individual con posterioridad a esa fecha; a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.



Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, la AFP Protección S.A., tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, así mismo, Porvenir S.A. y Skandia S.A. deberán trasladar a Colpensiones, los valores que descontaron por concepto que gastos de administración mientras la demandante estuvo afiliada a cada una de estas; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar a la AFP Porvenir S.A. los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE



BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONDENAR a la SOCEIDAD AMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontaron por concepto de cuotas de administración de los aportes efectuados a favor de la demandante.

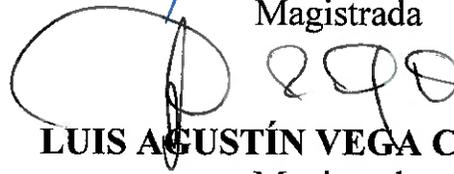
TERCERO.-CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Solvo voto parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 1100131050 029 2016 00540 01. Proceso Ordinario de Jairo Vallejo Ardila contra Fondo Nacional del Ahorro, Optimizar Servicios Temporales S.A. y otros (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de septiembre de 2019.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto y en el acta se deja una reseña de los antecedentes.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante mediante el trámite del proceso ordinario laboral, que previo reconocimiento de la continuidad laboral con el Fondo Nacional del Ahorro al no ser informado por parte de este de fecha de terminación, y



así mismo como mecanismo transitorio de protección por su estado de salud, se reconozcan en su favor los salarios que a la fecha no le han sido cancelados debido a su desvinculación y se le reintegre en sus funciones.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicita se determine la fecha de terminación de la relación laboral, la que afirma no puede ser anterior a la fecha de presentación de la demanda y se ordene el reconocimiento de los salarios pendientes, la liquidación de las prestaciones sociales adeudadas y la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del C.S.T.

Como sustento de las pretensiones adujo básicamente que trabajó para el Fondo Nacional del Ahorro mediante contrato de obra o labor, por intermedio de la empresa de servicios temporales Temporal Uno A, entre el 6 de noviembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2014; y que a partir del 1° de diciembre de 2014, continuó prestando servicios personales a favor de la entidad pública demandada como trabajador en misión de la

Afirmó que durante su vinculación con el Fondo Nacional del Ahorro desempeñó el cargo de Profesional de Apoyo y que como contraprestación por sus servicios la última asignación mensual ascendió a la suma de \$3'150.000,00, el que aduce era cancelado indirectamente por el Fondo Nacional del Ahorro.

Indicó que como en desempeño de sus funciones tenía que asistir obligatoriamente al Fondo Nacional del Ahorro, obedecer las órdenes e instrucciones que le impartían el Jefe de la División de Crédito, el Coordinador del grupo de respuesta al consumidor financiero y la Jefe de PQR y cumplía un horario de trabajo; en realidad ostentaba la condición de trabajador oficial; máxime cuando las labores que ejecutaba tenían relación con el objeto social del Fondo Nacional del Ahorro.



Señaló que cumplió sus funciones hasta el 17 de septiembre de 2015, que al día siguiente tuvo una intervención quirúrgica en virtud de la cual estuvo incapacitado hasta el 12 de octubre de 2015; situaciones que afirma dio a conocer a la Jefe de PQR del Fondo Nacional del Ahorro.

Refirió que el 1º de octubre de 2015 se trasladaron los contratos de los funcionarios con una vinculación similar a la suya a la empresa de servicios temporales Activos, y que el 6 de octubre de la misma anualidad se presentó ante su jefe inmediato, quien le indicó que estuviera en contacto con la nueva empresa de servicios temporales para que se le indicaran los pasos a seguir, en donde se presentó el 9 de octubre de 2015 y le indicaron que esperara a que se le llamara.

Indicó que se le cancelaron los salarios hasta el 30 de septiembre de 2015 y que no se le han cancelado más salarios o alguna suma de dinero por otro concepto.

Finalmente afirmó que la empresa de servicios temporales le envió una comunicación con fecha de terminación del 30 de septiembre de 2015, la cual contestó indicando que no era válida por cuanto se encontraba incapacitado y que por esa razón el contrato de trabajo continua vigente.

Una vez notificadas las entidades demandadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. El Fondo Nacional del Ahorro¹ adujo en su defensa que el demandante prestó sus servicios personales como trabajador en misión a través de empresas de servicios temporales. Propuso en su defensa las excepciones que denominó carencia de causa y objeto, inexistencia de la relación laboral, ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad.

¹ Cfr fls 87 a 115.



A su vez la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. indicó que sostuvo un contrato de trabajo con el demandante por obra o labor, entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, el cual terminó por la finalización de la obra o labor para la cual se le había contratado con ocasión a la terminación del contrato comercial con la empresa usuaria; y de otra parte agregó que desconocía el estado de incapacidad del demandante para el momento de la finalización del contrato y que el 17 de noviembre de 2016 se dio apertura al proceso de su liquidación judicial. Propuso en su defensa las excepciones que denominó existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por el demandante y existencia de la afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda.

Por su parte la demandada Temporales Uno A Bogotá SAS² indicó que vinculó y envió al demandante como trabajador en misión al Fondo Nacional del Ahorro, y que cumplió con las obligaciones que como empleadora tuvo con el demandante. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó existencia de vinculación laboral legal-existencia de contratos por obra o labor determinada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de solidaridad, inexistencia de contrato de trabajo, buena fe y prescripción.

Mediante providencias del 6 de abril de 2017 y del 22 de febrero de 2018, se dispuso respectivamente la vinculación de Liberty Seguros S.A. en condición de llamada en garantía por parte del Fondo Nacional del Ahorro y de la Compañía Aseguradora de Fianzas -Confianza S.A.-, en condición de litisconsorte necesaria.

Al desatar las pretensiones de la demanda el servidor judicial de primer grado

² Cfr fls 643 a 665



condenó a la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. al reconocimiento y pago de la suma de \$14'175.000,00 por concepto de indemnización moratoria y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior determinación adujo en síntesis que se encontraba acreditado que el demandante prestó servicios para el Fondo Nacional del Ahorro como trabajador en misión, por cuenta de los contratos de obra o labor que celebró con tal propósito con las empresas de servicios temporales demandadas y en virtud del cual desarrolló labores diferentes. De otra parte, indicó que no se demostró del plenario que el vínculo laboral con el demandante hubiere finalizado por un acto discriminatorio y que en razón a ello no resultaba procedente ordenar su reintegro. Sin embargo, consideró que la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. incurrió en mora en el pago de las acreencias laborales y por esa razón la condenó a su reconocimiento.

Inconformes con la anterior determinación el demandante, quien actúa en causa propia, y el apoderado de la demandada Optimizar Servicios Temporales presentaron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Aduce el demandante que es claro y se encuentra demostrado que su vinculación como trabajador en misión sobrepasó el tiempo máximo establecido en la ley y que si bien es abogado y por ende conoce su vinculación como trabajador en misión, debe considerarse que es la parte débil de la relación laboral y que trabaja por necesidad.

Sostiene que si bien se celebraron cuatro contratos de trabajo, la actividad



para la que se le contrató siempre fue la misma, cual era la de contestar peticiones, quejas y reclamos, y que no se encuentra demostrado por parte del Fondo Nacional del Ahorro la ejecución de una actividad diferente.

Aduce en el mismo sentido que a pesar de que en principio la actividad era desarrollada en forma verbal y posteriormente por escrito, la misma no cambió y que incluso de dividirse el periodo de vinculación se podría advertir que se sobrepasaron los tiempos de vinculación como trabajador en misión.

Agrega que, si bien no se les daban instrucciones en forma escrita, de acuerdo con la declaración rendida por el testigo Diego Cano, ello obedeció a la prohibición que les impuso el Fondo Nacional del Ahorro.

Por su parte el apoderado de la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. indicó que no es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria a la que se condenó a su representada en la medida que se demostró que al demandante se le efectuó el pago de todas y cada una de sus acreencias laborales en cumplimiento de las pólizas de acuerdo con lo ordenado por el Ministerio del Trabajo.

Sostiene que su representada siempre actuó de buena y que si bien no pudo realizar el pago de la liquidación al momento de la terminación de los contratos ello obedeció a la existencia de una prohibición de carácter legal, puesto que el juez del concurso, que lo es la Superintendencia de Sociedades, decidió dar por terminado el proceso de reorganización decretando la apertura de la liquidación judicial y que en razón a ese estado debe considerarse el precedente sentado en el año 2003 por la Corte, en el sentido de que no se predica la mala fe de la empresa en liquidación y que en razón a ello no procede condena por dicho concepto.



Agrega que, en sentencia proferida por esta Corporación con ponencia del Magistrado Rafael Moreno Vargas, en un caso de hechos fáctico similares se indicó que para el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. se debe tener como fecha final aquella en que inició el proceso de reorganización, esto es el 15 de febrero de 2016.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con los fundamentos expuestos en los recursos de apelación, y siguiendo los lineamientos del artículo 66-A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el análisis de la Sala se contrae a establecer, si es procedente declarar la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Fondo Nacional del Ahorro; y de no ser así, corresponde determinar si la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. se encuentra obligada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.

Al respecto interesa tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra establecido que el demandante prestó servicios personales para el Fondo Nacional del Ahorro como trabajador en misión, en virtud de los contratos de trabajo que suscribió con las demandadas Temporales Uno A Bogotá SAS y Optimizar Servicios Temporales S.A. así: del 6 de noviembre de 2012 al 30 de enero de 2013, del 1° de febrero de 2013 al 21 de enero de 2014, del 22 de enero de 2014 al 30 de noviembre de 2014 y del 1° de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015.



En tal sentido, en cuanto se reclama la existencia de la relación laboral frente al Fondo Nacional del Ahorro, sociedad para la que el accionante prestó servicios personales como trabajador en misión, corresponde tener en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 el objeto de las empresas de servicios temporales fue limitado en forma general a la colaboración temporal a terceros en el desarrollo de sus actividades; y fue bajo tal orientación que en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 se previó, que los usuarios sólo pueden contratar con estas, cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias; para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, períodos estacionales de cosechas y prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más, de esta forma también lo establece el artículo 13 del Decreto 24 de 1998 que reglamentó el ejercicio de las empresas de servicios temporales.

En tal sentido, advierte la Sala que esa forma de contratación está delimitada no solo a un arco de tiempo estrictamente necesario para el acometimiento de una situación particular y determinada sin que una vez vencido éste pueda celebrar un nuevo contrato con la misma empresa de servicios temporales u otra diferente, sino que adicionalmente se encuentra sujeta a un propósito determinado; de suerte que de infringirse esa previsión legal, la consecuencia no puede ser otra que la usuaria del servicio asuma la calidad de verdadera empleadora.

En consecuencia, las empresas de servicios temporales se encuentran facultadas para suministrar el personal que requiera un tercero para el desarrollo de determinada actividad pero en forma temporal, y presenta como particularidad lo que jurisprudencialmente se conoce como subordinación delegada, en virtud de la cual el usuario del servicio tiene poder de subordinación, pero quien funge como empleador es precisamente



la empresa de servicios temporales; no obstante, si la contratación se llegare a efectuar por fuera de los casos señalados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, el usuario pasa a ser considerado el verdadero empleador y la empresa de servicios temporales un simple intermediario, de esta forma lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia del 24 de abril de 1997, dentro del radicado 9435; en sentencia del 22 de febrero de 2006 dentro del radicado 25717 y en sentencia SL17025 del 16 de noviembre de 2016.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, advierte la Sala que no se acredita dentro del presente asunto que en el periodo en que el accionante prestó servicios personales para el Fondo Nacional del Ahorro por cuenta de su vínculo laboral con la empresa Temporales Uno A Bogotá SAS esto es entre los años 2012 y 2014, su vinculación como trabajador en misión se ajustara a alguno de los supuestos excepcionales que contempló el legislador para este tipo de contratación, a saber: *i)* que se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias; *ii)* que sea para remplazar personal en vacaciones o; *iii)* para atender incrementos en la producción, transporte, o ventas de productos; pues no se aportó el contrato que hubiere suscrito el Fondo Nacional del Ahorro con dicha empresa de servicios temporales y tal circunstancia tampoco se encuentra plasmada en los tres contratos de trabajo que suscribió el demandante con Temporales Uno A Bogotá SAS; de modo que respecto de cada uno de dichos contratos es procedente declarar la condición de empleador de parte del Fondo Nacional del Ahorro, sin que en nada obsta la condición de abogado que ostentaba el demandante para el momento de su vinculación, pues ello no permite excusar tal transgresión a la aplicación de la figura en mención.

No sucede lo mismo en relación con el periodo en que el demandante prestó servicios para el Fondo Nacional del Ahorro por cuenta del contrato de trabajo que celebró como trabajador en misión con la demandada Optimizar



Servicios Temporales S.A., pues se aportó copia del contrato suscrito entre ésta última sociedad y el Fondo Nacional del Ahorro, en el que se precisa que el motivo de la contratación era el suministro de personal “*PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO EN ARMONÍA CON EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y LA PLANEACIÓN ESTRATÉGICA*”, circunstancia que enmarca la vinculación del demandante dentro de una de los supuestos excepcionales antes referidos, cuales es el de atender incrementos en la producción o en este caso servicios.

Ahora, no pasa desapercibido para la Sala que la vinculación del demandante al Fondo Nacional del Ahorro por medio de una y otra empresa de servicios temporales se produce sin solución de continuidad; sin embargo, ello por sí solo no permite establecer la transgresión de los referidos supuestos excepcionales de contratación por medio de empresas de servicios temporales, máxime cuando de acuerdo con las declaraciones de los deponentes Diego Cano y Héctor Galeano Céspedes, se puede establecer con meridiana claridad que el demandante en el tiempo que prestó servicios para el Fondo Nacional del Ahorro no siempre desarrolló la misma actividad y además no superó el límite temporal que estableció el Legislador para la vinculación de trabajadores en misión, respecto de dicha temporal.

En las condiciones analizadas, a juicio de esta Corporación resulta procedente señalar que la demandada Fondo Nacional del Ahorro fue la verdadera empleadora del demandante por el periodo comprendido entre el 6 de noviembre de 2012 y el 30 de noviembre de 2014, y que entre el 1° de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015 lo fue la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A.



En tal sentido, en tanto que las pretensiones de la demanda se edifican sobre la existencia de una relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro, para el 30 de septiembre de 2015, pues pretende por parte de ésta el pago de los salarios y prestaciones causados desde esa última data, no resta a la Sala más que confirmar la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado, pero por las razones aquí expuestas.

En todo caso, aun en gracia de discusión, de aceptarse la existencia del vínculo laboral del demandante con el Fondo Nacional del Ahorro por la totalidad del periodo en que prestó servicios, a la misma conclusión se arribaría pues no se establece dentro del plenario que el demandante tuviera para el momento de la finalización del vínculo alguna afección en su estado de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de sus labores, como lo haría otra persona en condiciones regulares, siendo ésta la condición que ampara el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tal como lo adoctrinó la propia Corte Constitucional en la sentencia SU 049 de 2017, al indicar “...la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares...” de manera que no cualquier clase de dolencia permite dar aplicación a la protección de estabilidad laboral reforzada en mención.

Por lo tanto, a pesar de que se verifica que el demandante estuvo incapacitado para el momento en que finalizó el vínculo laboral, lo cierto es, que esta circunstancia no activa la protección antes indicada, de esa forma lo ha indicado la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia SL10538-2016.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Se opone la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. al



reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, para lo cual aduce, de un lado, que no contó la posibilidad de pagar las acreencias laborales del accionante debido a la existencia de una prohibición de carácter legal, puesto que el juez del concurso ordenó su liquidación.

Sobre el particular, corresponde a la Sala señalar que de antaño jurisprudencialmente se ha dejado sentado que las sanciones que se impongan al empleador como consecuencia del no pago de prestaciones sociales y salarios, como lo es la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST, la sanción por no consignación de cesantías y en consecuencia la sanción por el no pago de intereses de las cesantías, no son de aplicación automática e inexorable ante el incumplimiento por parte del empleador, pues el operador judicial debe analizar la conducta de éste para determinar si hubo buena o mala fe.

En este sentido, entre innumerables decisiones de la máxima Corporación de la justicia laboral, especialmente en fallo del 8 de julio de 2008, la corporación indicó en esencia que deberá en cada caso el Juez observar y calificar la buena o mala fe de su actuación ya que su aplicación no es automática, se deberá analizar los motivos que indujeron al empleador a omitir el pago, total o parcial, de los salarios y prestaciones del trabajador, a la terminación del contrato de trabajo, pues de estar aquellos justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador, y que se obró con buena fe, no procede la aplicación de la sanción contemplada en dicha norma.

Ahora bien, del entendimiento dado por el máximo órgano de decisión en lo laboral no se desprende que éste hubiere estimado que la norma legal establece una presunción de buena fe del empleador, sino que, como lo expresó claramente, habría que observarse y calificar la conducta de éste, lo



que de por sí, descarta cualquier presunción en su favor, y aunque la norma no establece tampoco una presunción de mala fe, una vez calificada su conducta como de aquella naturaleza es en cabeza de este en quien corre con la carga de la prueba y debe demostrar que su omisión en el pago, obedeció a causas atendibles que le impidieron cumplir oportunamente. Carga que de no cumplirse, se resuelve desfavorablemente para quien la soporta, conforme se desprende del artículo 177 del C. P. C., hoy artículo 167 del C.G.P

Ahora bien, aun cuando en el asunto se advierte que la otrora empleadora del demandante inicialmente ingresó en proceso de reorganización y poster liquidación, lo cierto es que, contrario a lo que plantea el recurrente, el mismo no justifica la falta de pago de las acreencias laborales del accionante, pues como se advirtió el vínculo laboral finalizó el 30 de septiembre de 2015 y de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad el proceso de reorganización se dio a partir del 16 de febrero de 2016.

En las condiciones analizadas se confirmará la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, pues aun cuando el recurrente además solicita se limite la condena a la fecha en que comenzó el proceso de reorganización, se advierte que tal fue la determinación que acogió en la sentencia recurrida y que por demás prohija la Sala puesto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2016 el proceso de reorganización impide la libre administración y disposiciones de los recursos de la empresa.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para confirmar la determinación de primer grado, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. Sin costas en esta instancia.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

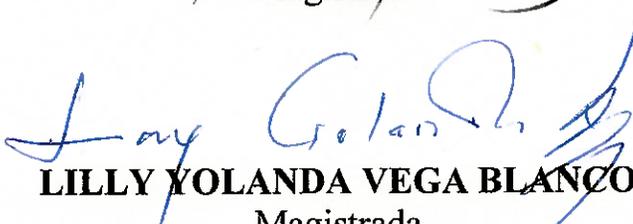
RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110013105 029 2019 00779 01. Proceso Ordinario de Ana Rosa Jiménez contra UGPP (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma en los aspecto no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 3 de marzo de 2021.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

ANTECEDENTES:

Solicita la demandante, previa declaración de que prestó servicios a favor de la extinta Caja de Crédito Agrario mediante contrato de trabajo a término indefinido durante 19 años, 4 meses y 17 días, hasta el 15 de noviembre de 1991, y que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación proporcional que establece el artículo 8° de la Ley 171 de 1961; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la referida prestación a partir



del 21 de abril de 2016, actualizando su último salario mensual el cual correspondía a la suma de \$216.426,00, de acuerdo con la variación de índice de precios al consumidor certificado por el DANE; así como a la indexación de las sumas adeudadas.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis, que prestó servicios mediante contrato escrito de trabajo a término indefinido para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desde el 15 de junio y el 8 de agosto de 1972, y del 21 de agosto de 1972 al 15 de noviembre de 1991

Indicó que el vínculo laboral con su otrora empleadora terminó de común acuerdo en audiencia especial de conciliación llevada a cabo el 24 de octubre de 1991 ante el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá,

Afirmó que el último cargo que desempeñó fue el de Secretaria Grado 04 en la Oficina del Departamento de Provisiones y que su último salario fue por la suma de \$216.426,00.

Una vez notificada, la demandada dio respuesta a la acción en oposición al reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada, al considerar en esencia que la desvinculación de la demandante se produjo de mutuo acuerdo. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: improcedencia del derecho alegado por derogatoria de la Ley 171 de 1961, inexistencia del derecho y de la obligación, pérdida de vigencia del derecho contenido en la Ley 171 de 1961 por extinción de la persona jurídica, prescripción, entre otras.

Al desatar las pretensiones de la demanda la servidora judicial de primer grado, accedió al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación a



partir del 21 de abril de 2016, en cuantía inicial de \$1'5050.873,42 en 14 mesadas anuales.

Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que la demandante en condición de trabajadora de la extinta Caja Agraria, tiene derecho y cumple los requisitos establecidos en el artículo 8° de la Ley 171 de 1968, pues el derecho en ella establecido se causa con el cumplimiento del tiempo de servicios y que la edad es tan solo un presupuesto de exigibilidad.

Inconformes con la anterior determinación la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce la recurrente en primer término que no es procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación que establece el artículo 8° de la Ley 171 de 1968, de un lado porque, para ello es necesaria la omisión en la afiliación al sistema general de seguridad social, así como la el despido injustificado del trabajador; y que en el asunto la demandante no acreditó la referida omisión y se estableció que el vínculo laboral finalizó de mutuo acuerdo.

De otra parte indicó que en tanto la edad es un requisito de causación de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005, no es procedente el reconocimiento de la mesada 14.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la determinación de primer grado resultó ser adversa a una entidad respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo



dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta frente a aquellos aspectos no fueron objeto de discusión en la alzada.

CONSIDERACIONES

En virtud de los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la entidad demandada, corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la denominada pensión restringida de jubilación que establece el artículo 8° de la Ley 171 de 1961.

Con tal propósito corresponde señalar que de acuerdo con la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas, así como la Resolución RDP 002639 del 27 de enero de 2017 expedida por la demandada, dimana con meridiana claridad que la demandante prestó servicios personales a favor de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 15 de junio y el 8 de agosto de 1972, y del 21 de agosto de 1972 hasta el 15 de noviembre de 1991. Se encuentra acreditado igualmente con la documental allegada al proceso que el referido vínculo laboral finalizó de mutuo acuerdo y que la demandante nació el 21 de abril de 1956.

De acuerdo con lo anteriores supuestos y en lo que interesa al asunto debemos recordar que de tiempo atrás, la jurisprudencia laboral ha enseñado que tanto en el sector privado como en el oficial se han denominado de manera genérica pensiones restringidas de jubilación aquellas que se causan con un tiempo de servicios inferior al requerido para la denominada pensión plena de jubilación que se consolida con la edad y tiempo de servicios, de manera que el monto de aquellas es proporcionalmente inferior al de la plena. Es así como entre las pensiones



restringidas se incluyen las pensiones causadas por despido sin justa causa, también denominada pensión sanción, y la pensión por retiro voluntario con 15 años de servicios.

Las normas que consagran este derecho están previstas en los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 y 74, numeral 2, del Decreto 1848 de 1969, fundadas en el despido sin justa causa del trabajador. Así, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 previó originalmente la pensión sanción para los trabajadores particulares y oficiales vinculados por contrato de trabajo que fueran despedidos sin justa causa, determinando que cuando la desvinculación se produjera después de 10 años de servicios y menos de 15 la pensión se pagaría a los 60 años de edad y cuando ese hecho ocurría después de 15 años de servicios se debería comenzar a pagar a los 50 años de edad; o a los 60 si se retira voluntariamente; posteriormente el artículo 74, numeral 2, previó en términos semejantes la misma pensión pero sólo para trabajadores oficiales.

Teniendo en cuenta las normas citadas en precedencia, en tanto la demandante laboró por espacio de 19 años, 4 meses y 19 días, y su retiro provino de acuerdo entre las partes, en la Audiencia Especial de Conciliación celebrada el 24 de octubre de 1991, dimana con claridad que se causó el derecho a obtener la pretendida prestación, pues el cumplimiento de la edad es tan solo una condición para el disfrute del derecho no así para lograr el estatus pensional, ya que el mismo, se configura, para el caso, con el cumplimiento de dos requisitos: el tiempo de servicios y el retiro voluntario del servicio, criterio que se acompasa con el expuesto por la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en forma más reciente en sentencia SL971 del 27 de febrero de 2019, de allí que resulte a todas luces inadmisibile el planteamiento expuesto por la apoderada de la entidad demandada.



En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, ciertamente la disposición legal que regula este punto, es el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que indica: *“la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”*.

Sobre ello, la máxima Corporación de Justicia Laboral, en la sentencia No. 60193 del 21 de mayo del 2014, indicó que no se podía acudir a la Ley 33 de 1985 ni a la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la primera, para hallar el IBL de la pensión restringida, dado que dichas normas se ocupan de otro tipo de prestación; y que de acudirse a dichas reglas se desconocería el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en el artículo 21 del C.S.T, que impone que la aplicación de una regla de derecho se haga de manera íntegra.

Sin embargo; la misma Corporación, en sentencias con radicados 62723 del 23 de septiembre de 2015, 61023 del 27 de enero de 2016 y SL123-2020, ha dispuesto claramente la liquidación de la pensión que regula el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 con los factores que define el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en la medida que esa es la base que determina la Ley para las pensiones de los trabajadores oficiales, mientras que la alusión al artículo 260 del CST, es propio de los servidores particulares, que no es el caso de la aquí demandante; de suerte que para dicha liquidación se debe acudir entonces al promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, con lo cual se descarta otros factores.

Al trasladar las anteriores premisas al caso objeto de estudio advierte la Sala que erró la servidora judicial de primer grado al tener en cuenta como



salario promedio el indicado en la certificación visible a folio 5 del plenario, pues en el mismo se tienen en cuenta factores diferentes a los establecidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985; por lo tanto, de acuerdo con la certificación visible la página 32 del expediente administrativo aportado en medio magnético, corresponde tener en cuenta la suma de \$137.124,00

De acuerdo con lo anterior, la Sala deberá proceder a liquidar la prestación, acudiendo a la fórmula de la indexación que empezó a aplicar la alta Corporación del trabajo, en sentencia del 13 de diciembre de 2007 dentro del radicado No. 31222, en donde el valor histórico corresponde al salario promedio del último año de servicio, en este caso, la cifra de \$137.124,00 ya mencionada. Ahora; el IPC final corresponde a la de la anualidad anterior a la fecha en que la demandante cumplió la edad para el disfrute del derecho pensional, en este caso, 2016, que según las tablas certificadas por el DANE -datos estadísticos que son hechos notorios- es el valor de 126.14945, el IPC inicial corresponde al de la anualidad anterior a la fecha de retiro del trabajador, para este evento, diciembre de 1991, que corresponde al guarismo de 10.96102, en tanto la demandante se retiró el 15 de noviembre de 1991, esto teniendo en cuenta para el efecto la tabla base del año 2008.

En lo que respecta a la tasa de remplazo se advierte que al realizar las operaciones aritméticas de rigor, la demandante tiene derecho a que la prestación le sea reconocida en proporción del 72,67%, por lo tanto, se tiene que el valor actualizado de la base salarial sobre la que se reconoce el derecho pensional es de \$1'578.148,5 que al aplicarle la tasa de remplazo antes referida, arroja el equivalente a la **primera mesada pensional actualizada, la suma de \$1'146.840,50**, razón por la que se modificara la decisión de primer grado, en lo referente al monto de la primera mesada pensional.



Es del caso precisar que, en tanto que como se analizó el derecho pensional se causó en el año 1991 cuando la demandante se retiró del servicio, esto es, antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, resulta procedente su reconocimiento en 14 mesadas al año, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

No merece a la Sala ningún reproche la determinación que se adoptó en relación con la procedencia de la indexación de las sumas adeudadas, dado que de acuerdo con la fecha en que se hizo exigible el derecho pensional es evidente la pérdida del poder adquisitivo de las sumas adeudadas.

En lo que respecta a la prosperidad de la excepción de prescripción, es del caso tener en cuenta que atendiendo lo normado en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., en el entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno; no obstante, con el simple reclamo escrito se interrumpirá la prescripción por un lapso igual; reclamación que de un análisis conjunto de lo normado en el precepto en cita con el artículo 6° de la misma obra no solo se suspende el término prescriptivo sino que además lo interrumpe.

Por lo tanto, dado que el derecho pensional de la demandante se hizo exigible el 21 de abril de 2016, y ésta presentó la correspondiente reclamación el 9 de septiembre de 2016, no hay lugar a declarar probado el medio exceptivo propuesto en tanto la entidad demandada procedió a emitir la respuesta correspondiente mediante la Resolución RDP 002639 del 27 de enero de 2017 y la demanda se presentó el 16 de diciembre de 2019.



Hasta aquí el análisis de la Sala. No hay lugar a imposición de condena en costas en esta instancia en tanto la decisión de primera instancia se conoció en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: MODIFICAR** el ordinal primero del fallo de primera instancia en el sentido de fijar el monto de la primera mesada de la pensión restringida de jubilación, esto es, para el 21 de abril de 2016 la suma de **\$1'146.840,50** de acuerdo con las razones expuestas. **SEGUNDO.- CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás. **TERCERO.-** Costas de primera instancia a cargo de la demandada, sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 031 019 00472 01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia Gerardo Ernesto Cortes Garbiras contra
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otros.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y que su afiliación al régimen de prima media con prestación definida permaneció incólume; se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A a trasladar a COLPENISIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono



pensional y los demás dineros aportados mientras estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Solicita así mismo se condene a Colpensiones a inscribir su afiliación sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, y al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del momento en que cumpla los requisitos legales, junto los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus pretensiones, expresó que nació el 4 de junio de 1962 y se afilió al sistema general de pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales el 1° de diciembre de 1981.

Afirmó que el 23 de abril de 1999 suscribió formulario de solicitud de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. sin recibir una correcta asesoría, ni información técnica y adecuada.

Indicó que renunció sin saberlo al derecho de tener una mejor pensión en la forma reglada por el régimen de prima media con prestación definida y que la decisión que tomó jamás fue espontánea, voluntaria y libre debido a que se le ocultó información vital.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES¹ argumenta básicamente que la afiliación del accionante cumple con los presupuestos legales para su

¹ Cfr fls



existencia y que no se prueba la causal de nulidad. Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Por su parte OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.², se pronunció frente al proceso manifestando que la afiliación que se suscribió entre el accionante y la entidad goza de plena validez ante la ley pues se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación; en este orden se puede afirmar que los distintos traslados de AFP realizado por la actora con Skandia no presenta ninguna irregularidad que pueda predicar la ineficacia de traslado, pues fue la manifestación de un acto voluntario con la entidad, el cual estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades, esto probado mediante formulario de afiliación. Con base en esto propuso las excepciones de fondo buena fe, genérica, prescripción.

Skandia Pensiones y Cesantías S.A.³ sostuvo en su defensa que la afiliación del demandante al fondo por ella administrado goza de plena de validez ante la ley en cuanto se realizó de acuerdo con los parámetros legales, exigidos por la época de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.⁴ adujo que la afiliación de la demandante con Horizonte S.A. fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, después de recibir

² Cfr fls 70 a 87

³ Cfr fls 108 a 113

⁴ Cfr fls 161 a 191.



una asesoría veraz, íntegra y oportuna, en donde se informó ampliamente de sus condiciones pensionales individuales y del funcionamiento del RAIS. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* decidió absolver a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas. Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que el demandante confesó en la demanda que los asesores sí le dieron explicación sobre las características de los regímenes pensionales, y que al absolver interrogatorio de parte confesó que conocía las características de los mismos.

Agregó que, si aun en gracia de discusión si se tuviera por viciado de nulidad el traslado, el demandante tampoco tendría derecho a acceder al reconocimiento pensional en el régimen de prima media con prestación definida porque no cumple con uno de los requisitos establecidos para el efecto como lo es la edad.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente en esencia que la servidora judicial de primer grado realiza una indebida interpretación de las pruebas, así como de la sentencia del año 2019 que cita, y se basa en suposiciones y no en hechos reales que sí están probados en el proceso.



Sostiene al efecto que en la demanda se indicó que el fondo demandado omitió dar información y tanto su mandante al absolver interrogatorio de parte, como los testigos señalaron que en la reunión que tuvieron se les indicó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, que el fondo privado sería mucho más beneficioso y que para que no perdieran la pensión se tendrían que trasladar; lo que a su juicio no constituye una debida asesoría en la forma como lo plantea la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que cita la servidora judicial de primer grado; máxime cuando se encuentra establecido que fue una asesoría de aproximadamente de 10 a 15 minutos.

Afirma que si bien a su mandante le enviaban extractos, estos eran uno o dos al año y que en todo caso en estos eventos se debe corroborar es la información que se suministró al momento de la afiliación y con posterioridad.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya



que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga⁵,

⁵ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es

contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Horizonte S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por lo tanto, si bien en el escrito de demanda se indica que el asesor de la AFP Horizonte indicó al accionante al momento del traslado de régimen que en el RAIS podía pensionarse anticipadamente y que contaba con la posibilidad de mejorar el monto de su mesada pensional realizando aportes voluntarios; contrario a lo que concluyó la servidora judicial de primer grado, tal información en modo alguno permite establecer que se hubiere cumplido con el deber de información, pues a pesar de que dicha información corresponde a algunas de las características del régimen de ahorro individual, nada se acredita acerca de los requisitos y condiciones para acceder a ellas. Máxime cuando la Máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, indicó que *“... el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue”*.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado



la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que se reitera en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Sentado lo anterior es del caso señalar que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, razón por la que se declarará la ineficacia de la afiliación a la demandada Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de ello a Old Mutual Administradora de Pensiones y Cesantías S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente se considere exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que, al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.



Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha el demandante se encuentra afiliado a la AFP Old Mutual Administradora de Pensiones y Cesantías S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, lo que en todo caso en nada obsta para que La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., tenga la obligación de asumir el pago de las cuotas de administración que descontó durante el periodo en que el accionante estuvo afiliado, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor.

En igual sentido, y en tanto se aduce una descapitalización del sistema del régimen de prima media con prestación definida, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar ante la AFP Porvenir S.A. los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado con la Administradora de Fondo de Pensiones HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO.- CONDENAR a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de cuotas de administración.

TERCERO.- CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en la forma indicada en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO.- ORDENAR a COLPENSIONES a recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.



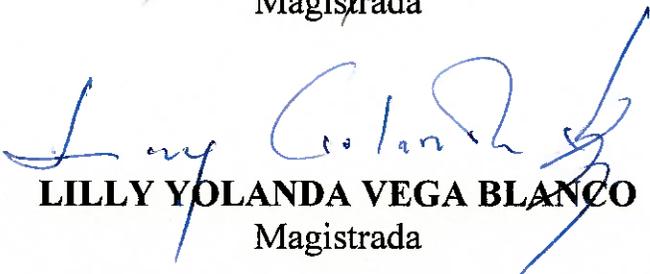
Ref.: Radicación 11-00-131-05-031-2019-00472-01 Proceso Ordinario Apelación de sentencia Gerardo Ernesto Cortes Garbiras contra Administradora Colombiana de Colpensiones y Otros.

QUINTO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO.- COSTAS en primera instancia a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310503620180001901. Proceso Ordinario de Andrés Felipe Vega Rico contra Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A. – CARACOL S. A. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., a lo treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiunos (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

ANDRÉS FELIPE VEGA RICO convocó a CARACOL PRIMERA CADENA RADIAL COLOMBIANA S. A. – CARACOL S. A. para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de contrato de trabajo: pago de remotos conforme laudo arbitral; pago proporcional de prima de antigüedad; reajuste indemnización por despido; debitar las sumas entregadas en la liquidación; indexación y costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:



El 1 de octubre de 2007 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con G.L.P. COLOMBIA LTDA para desempeñar el cargo de Rol de Apoyo, que el 1 de febrero de 2016 fue sustituido patronalmente a CARACOL S.A.

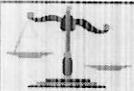
El 31 de enero de 2017 cuando la empleadora decide terminar unilateralmente el contrato, desempeñaba el cargo de Coordinador de Remotos devengando un salario de \$2.558.243.

Se encontraba sindicalizado a la empresa G.L.P. COLOMBIA LTDA, y el pliego de condiciones presentado por el Grupo Económico “PRISA” “SER”, lo dirimió Tribunal de Arbitramento el 11 de julio de 2016, aprobado por la Corte Suprema de Justicia.

Durante la relación laboral realizó remotos en días ordinarios y festivos los cuales no fueron reconocidos al momento de la liquidación ni se tuvo en cuenta como factor salarial, no le canceló la prima de antigüedad proporcional, siendo que no renunció a sus derechos previstos en la Convención Colectiva de Trabajo.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 11 de abril de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; frente a los hechos aceptó unos y otro no; propuso las excepciones de mérito de prescripción, ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago, cobro de lo no debido y compensación.



Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 26 de junio de 2019, DECLARANDO la existencia de contrato a término indefinido. ABSOLVIÓ de las pretensiones. Impuso costas a cargo de la activa.

Como la decisión fue totalmente adversa al trabajador y no se interpuso recurso, se procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

RELACIÓN LABORAL:

Aunque no fue objeto de controversia la prestación del servicio, se debe precisar conforme la prueba evacuada, que se rigió por contrato de trabajo a término indefinido con vigencia entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de enero de 2017, ultimado unilateralmente por la empleadora sin justa causa, desempeñando el empleado como última actividad la de coordinador de remotos con una asignación mensual promedio de \$2'558.243.00.

RECONOCIMIENTO PRESTACIONES EXTRALEGALES (REMOTOS y PRIMA DE ANTIGÜEDAD):

La pretensión se erige sobre lo decidido en laudo arbitral que dirimió el conflicto económico entre el sindicato SINPRISA y su antigua empleadora



Grupo Latino de Publicidad Colombia Ltda. – GLP Ltda., en virtud de la sustitución patronal que ésta hizo a la convocada.

Cuando se presenta sustitución patronal <<aspecto que no fue objeto de controversia pues así aparece probado hasta la sociedad>>, el nuevo patrono asume el contrato con las mismas condiciones y prerrogativas que se venía ejecutando a voces de lo normado en el artículo 68 del ordenamiento sustantivo del trabajo, en las que se encuentran incluidos los beneficios extralegales, ya que la convención colectiva de trabajo como lo consagra el artículo 467 ibídem fija las condiciones que rigen los contratos de trabajo, es decir, se incorporan a este.

La asunción del contrato en las condiciones anunciadas, la recibe el nuevo empleador a la fecha de producirse la sustitución patronal, pues a ese momento cesan las del antiguo, y corresponderá a aquél asumir las que surjan posteriormente por su condición de verdadero empleador, como lo establece el artículo 69 de la misma Obra, lo que significa, tratándose de derechos extralegales, no pueden ser otros que los que venía gozando el empleado al momento de la sustitución patronal por tratarse de derechos adquiridos, pero no los que posteriormente se conquisten en la antigua empleadora.

De cara a lo anterior, si el empleado quiere derivar en la nueva empleadora beneficios extralegales fruto del derecho de la negociación colectiva, deberá acreditar que aquellos se le reconocían antes de presentarse la sustitución patronal, se reitera, por corresponder a derechos adquiridos que continúan en cabeza de aquella en virtud de la no solución de continuidad de la relación de trabajo por cuanto la asume en las mismas condiciones que se venía ejecutando, pero no puede decirse lo mismo de las nuevas condiciones que varíen o surjan en la antigua empleadora, ya que es absolutamente claro que las nuevas condiciones las impone el sustituto como verdadera empleadora sin afectar las que se venían reconociendo.



No fue objeto de reparo y las probanzas evacuadas así lo atestan, la sustitución patronal acaeció el 1 de febrero de 2016, lo que significa que a partir de ese momento la convocada asumió la calidad de verdadera empleadora y a su vez desapareció esa condición en la antigua Grupo Latino de Publicidad Colombia Ltda. – GLP Ltda., recibiendo la relación de trabajo en las mismas condiciones que se venía ejecutando, por lo que resulta preciso recordar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 164 del ordenamiento procesal general *“toda decisión judicial deberá fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*, lo que significa que el operador judicial debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esta es su finalidad, sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002, expuso *“(…) si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’”*.



Bajo esa orientación, correspondía al accionante demostrar que para la data de la sustitución patronal, gozaba de los beneficios extralegales que reclama, lo cual no hizo, y en esas condiciones no puede sustentarlo en el laudo arbitral del 11 de julio de 2016 que dirimió el conflicto económico entre el sindicato SINPRISA y su antigua empleadora Grupo Latino de Publicidad Colombia Ltda. – GLP Ltda., el cual no sólo previó su vigencia a partir de su firmeza que la adquirió por lo menos con la sentencia del 23 noviembre de 2016 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia que resolvió el recurso de anulación, sino que además sólo previó efectos retrospectivos en relación con la cláusula 43 que regula el salario mínimo, lo que significa que se trata de una regulación posterior al cese de las obligaciones de la antigua empleadora, por lo tanto, sumamente claro que no las puede asumir la convocada como verdadera empleadora, ya que en estas fechas la relación de trabajo se regía bajo las condiciones de ésta.

Aunque lo analizado es suficiente para concluir la improsperidad de los derechos extralegales pretendidos, no sobra advertir que si en gracia de discusión se aceptara que le fueran aplicables bajo la regulación contenida en el laudo arbitral que las sustentan, tampoco tendrían vocación de prosperidad, considerando que, i) nada reguló por concepto de “REMOTOS” que se pretendía en el pliego de peticiones; ii) la prima de antigüedad se consagró por periodos quinquenales, sin estipular reconocimiento proporcional, que es lo que pretende el accionante por el lapso de la sustitución con la convocada, pues para la fecha de la desvinculación no contaba con diez años de servicio; y, iii) como ya se dilucido no existe constancia que por vía extralegal, con antelación al laudo arbitral tuviera derecho a uno y otro beneficio.

DECISIÓN:

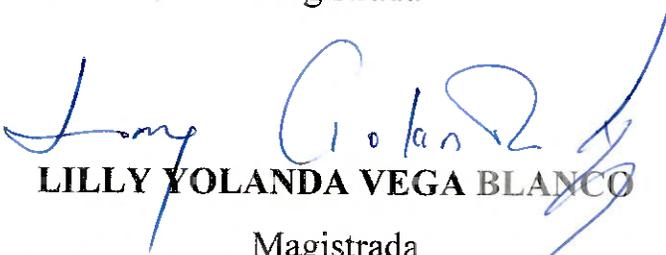
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,



administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de primera instancia pero por las razones expuestas en esta providencia. Sin costas de instancia.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-037-2017-00070-01. Proceso ordinario de Sandra Milena Gamboa Moreno contra Confecciones M.C. Ltda y Otros (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte actora y el curador ad litem, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de julio de 2019.

ANTECEDENTES:

La señora SANDRA MILENA GAMBOA MORENO convocó a la sociedad CONFECIONES M.C. LTDA y de forma solidaria a las personas naturales MANUEL ANTONIO CORREDOR GONZÁLEZ, MARÍA CONSTANZA CORREDOR JIMÉNEZ, LIGIA JIMÉNEZ DE CORREDOR, RICARDO CORREDOR JIMÉNEZ Y NELSON ANDRÉS



CORREDOR JIMÉNEZ, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 5 de febrero de 2013 y el 2 de febrero de 2016, el que terminó por causas imputables al empleador, devengando un salario mensual por la suma de \$4.200.000, así como que se condene de forma solidaria a los socios de Confecciones M.C. Ltda. y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago de las cesantías e intereses de las cesantías causadas entre el 1º de enero de 2015 y hasta el 2 de febrero de 2016, las prima de servicios por el período comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 2 de febrero de la misma anualidad, la compensación de las vacaciones causadas entre el 5 de febrero de 2013 y el 2 de febrero de 2016, la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., la indemnización por despido indirecto y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que la demandante y la sociedad Confecciones M.C. Ltda., suscribieron contrato de trabajo el 5 de febrero de 2013, pactando como salario mensual la suma de \$4.200.000, para desempeñar el cargo de jefe de producción; que la demandante presentó renuncia irrevocable al cargo el 2 de febrero de 2016, ante el pago tardío de la prima de servicio y no pago de cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicio del año 2015; que se solicitó ante el Ministerio del Trabajo audiencia de conciliación, la que se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2016, a la que no se hizo presente la encartada ; que a la fecha de terminación del vínculo laboral se adeudan las cesantías e intereses a las cesantías causadas entre el 1º de enero de 2015 y el 2 de febrero de 2016, la prima de servicio por el período comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 2 de febrero de la misma anualidad, junto con la indemnización generada por la renuncia motivada.



Frente a estas súplicas, el aquo, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 5 de febrero de 2013 y el 2 de febrero de 2016, devengando como último salario la suma de \$4.200.000, la que finalizó por renunciad del demandante y condenando a la sociedad demandada al pago insoluto de las cesantías e intereses a las cesantías correspondientes a los años 2015 y 2016, junto con la indemnización por despido indirecto, y los aportes al Sistema General de Pensiones por el lapso comprendido entre febrero de 2015 al 2 de febrero de 2016, declarando probada la excepción de prescripción respecto de los derechos laborales causados y no reclamados con anterioridad al 17 de febrero de 2014, imponiendo responsabilidad solidaria respecto de los señores Manuel Antonio Corredor González, María Constanza Corredor Jiménez, Ligia Jiménez de Corredor, Ricardo Corredor Jiménez y Nelson Andrés Corredor Jiménez, absolviendo de los demás pedimentos elevados en la demanda. Lo anterior por cuanto se acreditaba la prestación personal del servicio del actor y si bien se demostraba un pago parcial de las prestaciones sociales, existía un saldo insoluto, así como que se acreditaba que la finalización del vínculo se dio con ocasión del incumplimiento de las obligaciones que tenía cargo el empleador, no obstante, absolvió a la encartada de la indemnización moratoria, pues se acreditaba el pago del 80% de los derechos laborales.

Inconformes con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora y el curador ad litem interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

El apoderado del extremo activo interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, al no encontrarse conforme respecto de varios puntos de la decisión. el primer punto que se aduce, es una indebida interpretación de la carta de renuncia presentada por la



trabajadora, pues se debe partir que la misma fue quien redactó y presentó la carta, sin ayuda jurídica, por lo que de dicho documento se debe extraer que el abono que recibió la ex trabajadora fue por la suma total de \$6.896.000, dentro de la que se debe incluir la suma de \$3.600.000, siendo el único pago que recibió la demandante, por lo que se debió concluir el pago de esos seis millones y fracciones y no de los 10 a los que se hace referencia en la decisión. Como segundo punto, indica que no se incluyeron los factores prestacionales del año 2016, ya que el contrato perduró hasta el 2 de febrero de dicha anualidad, sin embargo tales prestaciones en lo atinente con las cesantías y primas de servicios serían de \$373.333, cada una de ellas, valores que nos e tuvieron en cuenta en la decisión. El tercer punto, se genera por cuanto se demostró la mala fe de la empresa, al tener una actitud displicente frente al despacho, pues compareció y se notificó, pero no presentó contestación o memorial alguno que pudiera dar luces en el presente litigio, respecto de las condiciones en las que se generó la relación laboral, más aún, cuando se advierte que de realizarse la debida interpretación de la carta de renuncia se llegaría a la conclusión de una deuda superior al 50% de los derechos laborales, y no al 20% que estimó el Juez, que en todo caso es una suma importante que no debería adeudarse al trabajador, más aún, cuando la obligación en los contratos es que se ejecuten de buena fe, sin que sea necesario presentar escritos para que se proceda con el pago de las obligaciones allí contenidas. Finalmente, manifiesta que no está conforme con el monto en el que se fijaron las agencias en derecho, pues el último Acuerdo de costas, dispone que se deben conceder entre un 5% y 10% del valor de las condenas, suma que debe reajustarse.

Por su parte el curador ad litem de los demandados Manuel Antonio Corredor González, María Constanza Corredor Jiménez, Ligia Jiménez de Corredor y Nelson Andrés Corredor Jiménez, interpuso recurso de



apelación, bajo el sustento que no se solicitó en la demanda en el acápite de fundamentos fácticos, ni pretensiones el pago de los aportes a seguridad social, condena que se impuso con ocasión de la manifestación que realizó la demandante en el interrogatorio de parte, medio probatorio del que no puede servirse, pues lo pretendido con el interrogatorio es la confesión de las circunstancias que no le benefician. Situación semejante ocurre respecto de las vacaciones, pues no se solicitaron en las pretensiones, ni se informó deuda alguna en los hechos, por lo que no se puede imponer condena en contra de los socios, por lo que al no solicitarse no es posible deducir su deuda e imponer lo mismos, lo que conllevaría que como la deuda es superior a los \$4.155.000, esa suma se debe descontar de los valores pagados en favor de la demandante y por tanto, incluso quedaría un valor a favor de los demandados por el monto de dos millones. Finalmente, refiere que también se debería revocar la condena por indemnización por despido indirecto, pues la demandante no informó en la carta determinación situación alguna referente a la deuda de los aportes al Sistema General de Pensiones y por tanto no hay lugar a imponer condena.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, ni el salario devengado por el trabajador, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia, se circunscriben en determinar, si en efecto existió una indebida interpretación de la carta de renuncia presentada por la demandante y de ser tal postulado acertado, establecer si hay lugar al reajuste del monto insoluto de las prestaciones sociales en favor de la parte actora, así como, si dentro de las



mismas se incluyeron las causadas hasta el 2 de febrero de 2016, por omisión del aquo; de igual forma, establecer si hay lugar o no al reconocimiento y pago de la indemnización por despido y si es procedente el pago de la indemnización moratoria o si por el contrario se advierte una actuación de buena fe para eximir a los demandados de tales conceptos, así como si es procedente imponer condena respecto de los aportes al Sistema General de Pensiones y a la compensación en dinero de las vacaciones, pese a que según la pasiva, no fueron reclamadas en la demanda.

De acuerdo con lo anterior, para desarrollar el primer problema jurídico, se hace necesario remitirnos a la carta de renuncia presentada por la demandante y que dio fin al contrato de trabajo, que reposa a folio 15 del plenario, en la que se indicó:

“... ”

1. En el mes de diciembre de 2015 no recibe pago por concepto de nómina y tampoco la prima correspondiente a dicho año laboral. Sin embargo al personal de planta sí se le canceló una parte del salario y media prima, sintiéndome discriminada laboralmente.

2. Durante el mes de enero del presente año solo recibí un valor de \$3.600.000, quedando aún pendiente un valor correspondiente a \$6.896.000, por concepto de prima 2015 y 1.050.000 de quincena del 15 al 31 de diciembre de 2015, intereses a las cesantías del año 2014, quincena correspondiente del 01 al 15 de enero de 2016, sin contar el dinero de la quincena correspondiente del 16 al 31 de enero de 2016, los intereses a las cesantías y cesantías del año 2015. Es de aclarar que hasta el día de hoy recibí la suma en mención, correspondiente a \$6.896.000. (...).”

Atendiendo el documento anterior, se evidencia que no se advierte la indebida interpretación por parte del fallador de primer grado frente a la



carta de renuncia, teniendo en cuenta que la señora Gamboa Moreno informe que percibió la suma de \$3.600.000 en el mes de enero de 2016 y que el día 2 de febrero de la misma anualidad, fecha en la que presenta la informa la terminación del vínculo laboral recibió la suma en mención, que la misma refiere en la cuantía de \$6.896.000, por lo que no es posible extraer del documento que en efecto tan solo se le hubiera cancelado la última suma mencionada, sino que por el contrario percibió dos pagos, uno en el mes de enero de 2016 (por valor de \$3.600.000) y otro el 2 de febrero de 2016 (por valor de \$6.896.000), de lo que se puede concluir que en efecto la ex trabajadora recibió la suma de \$10.496.000, tal y como lo indicó el fallador de primer grado.

Ahora bien, la parte actora manifiesta que el fallador de primer grado no realizó manifestación alguna frente a las prestaciones sociales, causadas entre el 1º de enero y el 2 de febrero de 2016, referentes a las cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicio, suma que asciende a \$373.333 para cada una de ellas, teniendo en cuenta que el contrato finalizó en la última calenda, no obstante, desde ya debe indicarse que no es posible acoger el dicho de la parte actora, en el sentido, que el aquo dentro de las consideraciones de la sentencia, informó que procedería con el estudio de las pretensiones en la forma como fueron solicitadas en la demanda, para lo cual tendría en cuenta las cesantías e intereses a las cesantías causada en el año 2015 y la parte correspondiente a 2016, la prima causada en el año 2016 y las vacaciones correspondientes a la totalidad del tiempo que se mantuvo la relación laboral; así mismo, al momento de efectuar las operaciones aritméticas de rigor para obtener el valor de tales conceptos, refirió de forma exacta el monto de las prestaciones sociales y vacaciones que eran reclamadas, determinando con ellas las anualidades o extremos temporales que eran reclamados, por lo que procedió a efectuar la deducción del monto cancelado en favor de la demandante y de esta forma



obtener el saldo insoluto en favor de la señora Sandra Milena Gamboa Moreno.

De igual forma, tampoco le asiste razón al curador ad litem de las personas naturales, en el sentido que no se incluyó ni en el acápite de fundamentos fácticos, ni pretensiones de la demanda el pago de las vacaciones en favor de la ex trabajadora, de lo que se debía presumir que en efecto se realizó el pago de la misma y por ende no proceder a imponer la condena respectiva, pues contrario a su dicho, si bien no se informó tal deuda en el acápite de hechos, sí se petición la compensación en dinero de las vacaciones, tal como se refiere en el numeral 5.1.5 del acápite de pretensiones en la que se indicó:

*“5.1.5. Que se declare que desde el momento de terminación del contrato y hasta la fecha de presentación de esta demanda **CONFECIONES M.C. LTDA** no ha cancelado compensación en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas entre el cinco (05) de febrero de dos mil trece (2013) hasta el dos (02) de febrero de dos mil dieciséis (2016). (...).”.*

En ese orden de ideas, se vislumbra que en efecto la parte actora petición el reconocimiento y pago de la compensación de las vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral y que no fueron disfrutadas por el trabajador, situación que implicaba que el fallador de primer grado, al encontrar probada la falta de pago de dicho concepto, impusiera la condena respectiva, fundamentos por los cuales se ha de confirmar los puntos de apelación hasta aquí estudiados.

En lo que tiene que ver con el pago de los aportes a Sistema General de Pensiones, tampoco es procedente imponer la revocatoria frente a la cancelación de las cotizaciones por el período comprendido entre el mes de



febrero de 2015 y el 2 de febrero de 2016, por cuanto si bien es cierto que la demandante no elevó petición en dicho sentido, ni fundó hecho alguno referente al mismo, también lo es, que la Seguridad Social es un derecho fundamental irrenunciable del trabajador, y al tratarse el aporte de la forma en la que se consolida el derecho pensional, no se hace necesario elevar tal pretensión, pues acreditada la falta de pago de los aportes pensionales por el juzgador, es indispensable proceder con el desembolso de dichos rubros para conformar la historia laboral del ex trabajador, así como, que es la posibilidad que tienen la administradoras de pensiones de poder iniciar las acciones de cobro respectivas, en caso de que se encuentre la mora por parte del empleador, junto con los intereses moratorios o el cálculo actuarial respectivo, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CUASA

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la demandante aduce que la terminación del contrato de trabajo se originó por causas imputables al empleador, con ocasión de la falla de pago de sus derechos laborales, por lo que se debe traer a estudio lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., que establece:

“PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que al momento de finalizarse la relación laboral, se debe esgrimir la causa o motivo de esa determinación,



sin que de forma posterior se puedan alegar causales diferentes a las expresadas en la carta de terminación.

En ese orden de ideas y reiterando lo expuesto en la carta de renuncia presentada por la señora Sandra Milena, se encuentra que la misma termina el vínculo laboral ante la falta de pago de salario, cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios, conforme se logra extraer del folio 15 del plenario, las que si bien fueron canceladas de forma parcial, también lo es, que quedó un saldo insoluto pendiente por pagar por parte de la sociedad CONFECIONES M.C. LTDA., que fue estimado por el aquo en la suma de \$1.633.648, de lo que se advierte que se encuentra probada la causal para la terminación del contrato de trabajo, ante la falta de cumplimiento de las obligaciones especiales del empleador, en especial la referida en el numerada 4º, más aún, cuando en la misma carta se informó que no se procedía con el pago del salario y que lo que se realizó fue un abono en el mes de enero y ya para el 2 de febrero, misma fecha en la que presentó la carta de terminación, fue que se canceló la mayor parte de lo adeudado, resaltando que si bien no se informó acerca de la deuda en el pago de aportes en pensiones, también lo es, que la decisión de primer grado no obedeció a tal omisión del ex empleador, sino a la falta de pago completo de los derechos laborales reclamados por la hoy demandante, por lo que queda sin sustento el argumento expuesto por la pasiva.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Aduce la parte actora que es procedente imponer condena respecto de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto se vislumbra la mala fe de la sociedad demandada, así como del señor Ricardo Corredor Jiménez, por cuanto se notificaron al proceso y



no quisieron comparecer al mismo, guardando total silencio frente a la actuación adelantada y sin que se advierta actuación alguna que permitiera vislumbra de forma más clara la existencia de la relación laboral, así como, que existe un saldo insoluto a cargo de los encartados que se estimó en un 20% y respecto del cual si bien se indicó por el aquo que era una suma mínima, para dicho extremo, es una suma importante que se encuentra pendiente de cancelar.

Así las cosas, se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el artículo 65 del C.S.T., que dispone:

“ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, 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. (...).”

En la norma anterior, se advierte que en caso de falta de pago de salarios y prestaciones sociales por parte del empleador, éste deberá cancelar un día de salario por cada día de retardo hasta que se efectúe el pago de dichos conceptos, no obstante, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la aplicación de tal precepto normativo no es automático, sino que por el contrario, queda supeditado a la buena o mala fe con la que actuó el empleador, frente a la falta de pago de los salarios y prestaciones sociales, incluyendo la liquidación final del contrato de trabajo.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra que si bien tal y como se ha dicho a lo largo de esa sentencia, en efecto existe un saldo pendiente por cancelar a favor de la demandante correspondiente a la prestaciones sociales, también lo es, que la sociedad demandada pagó lo que creyó



deber hasta el 2 de febrero de 2016, tal y como se advierte del plenario y actuó bajo la premisa del pago realizado, enfatizando que si bien no compareció al proceso, la notificación o asistencia del mismo al litigio garantiza su derecho de defensa, así como a que no se apliquen las consecuencias procesales respectivas, no obstante, tal como se refiere en la misma sentencia proferida por el fallador de primer grado, se le impuso la confesión de los hechos 6.1.1 a 6.1.4 que eran susceptible de tal figura, por lo que bajo tal premisa, no es posible imponer una doble condena frente a un mismo hecho generador, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado.

Finalmente, se advierte que el apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación frente al monto fijado por el fallador de primer grado referente a las agencias en derecho, estimando que las mismas deben corresponder a un 5% o 10% de las condenas, sin embargo, se hace necesario precisar que éste no es el momento procesal oportuno para impugnar dicho monto, de conformidad con lo expuesto en el artículo 366 del C.G.P.

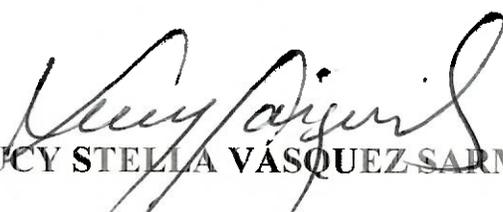
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo únicamente de los encartados Confecciones M.C. Ltda y del señor Ricardo Corredor Jiménez y sin ellas en esta instancia.

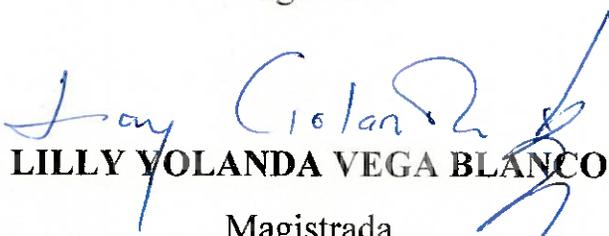
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República



de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** de primer grado a cargo únicamente de los encartados Confecciones M.C. Ltda y del señor Ricardo Corredor Jiménez y sin ellas en la alzada, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 1100131050 038 2017 00276 01. Proceso Ordinario de Nayibe Preciado Vargas contra ARS Convida (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de julio de 2019.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto y en el acta se deja una reseña de los antecedentes.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante mediante el trámite del proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada; se condene a ésta última al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, el auxilio de transporte, los aportes a seguridad social, la sanción por no consignación de cesantías que



establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización por despido injustificado, la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del C.S.T. y el reconocimiento de todos los derechos extralegales a que tenga derecho.

Como sustento de las pretensiones adujo básicamente que prestó servicios para la demandada a partir del 15 de mayo 2005 como Promotora de Salud, desarrollando las funciones encomendadas en el Municipio de Madrid Cundinamarca y que como contraprestación por sus servicios se le reconocía la suma mensual de \$547.254,00.

Indicó que para el cumplimiento de sus funciones empleaba las herramientas informáticas, tecnológicas y de infraestructura suministradas por la demandada, que se le asignó un correo electrónico institucional y además debía ingresar diariamente a la página web de la entidad en la opción correo de funcionarios.

Señaló que la entidad accionada le suministró una línea telefónica por medio de la cual le suministraba órdenes e instrucciones que debía acatar sin reparo alguno.

Afirmó que las funciones que desempeñaba como Promotora consistían en la atención de usuarios, brindar soporte administrativo, inducción a la demanda en los servicios de promoción en salud y en prevención de la enfermedad, afiliaciones, actualización y registro, recepción, trámite de autorizaciones médicas entre otros.

Refirió que recibía órdenes de forma constante de Gustavo Ramírez Wilchez, quien era su coordinador, y además le hacía recomendaciones relacionada con el cumplimiento del horario y la entrega de reportes; y que



además recibía órdenes de otros trabajadores de la demandada, como Orlando Fernández, Luz Helena Díaz, Amparo Carvajal, Sandra Patricia Medina, entre otros.

Una vez notificada la entidad demandada dio respuesta a la acción, sin embargo, mediante providencia del 20 de marzo de 2017¹ el Despacho Judicial de primer grado tuvo por no contestada la demanda al haberse presentado el escrito de contestación de forma extemporánea.

Al desatar las pretensiones de la demanda el servidor judicial de primer grado absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones para lo cual consideró en esencia que la demandante no acreditó la existencia de la relación laboral que reclama, siendo su carga probatoria la acreditación de la subordinación jurídica que establecen los artículo 1º, 2º y 3º del Decreto 2127 de 1945; por lo que a su juicio se infiere la existencia de varias relaciones contractuales regidas por varios contratos de trabajo u órdenes de prestación de servicios.

De otra parte, indicó que aun en gracia de discusión, las pretensiones de la demanda no tendrían vocación de prosperidad, al evidenciarse una pluralidad de vinculaciones en los que hubo solución de continuidad en al menos 9 de ellas en lapsos que superaban los 90 o 60 días; y las pretensiones se fundan en la existencia de una única relación laboral; argumento que soportó en el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de julio de 1996 con ponencia del Magistrado Germán Valdez Sánchez.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación.

¹ Cfr fl 179.



FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la demandante solicita se revoque la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, en el sentido de declarar un contrato laboral al margen de que hubiera habido interrupciones, pues ello no desvirtúa el cargo misional que desarrollo su mandante, quien nunca tuvo autonomía ni administrativa ni técnica; y que en todo caso no es procedente la condena en costas como quiera que la demandada no formuló excepciones de mérito.

Para lo cual, luego de citar el contenido de los artículos 23 y 24 del C.S.T., indicó que de acuerdo con la última de las referidas disposiciones, se presume la existencia de la relación laboral, en cuanto se acreditó la prestación del servicio y el pago de valor que denominaron honorarios; que en virtud de ello se invierte la carga de la prueba y le correspondía a la demandada desvirtuar probatoriamente su existencia y que en el asunto la demanda se tuvo por no contestada la demanda.

Aduce que el juez de primer grado no valoró las declaraciones testimonial recepcionadas, quienes indicaron que la demandante siempre estaba en el mismo sitio prestando el servicio en las instalaciones de Convida, que siempre atendía llamadas de celular provenientes de Bogotá por parte de los Coordinadores Regionales, que no podía asuntarse por ser la persona que atendía al usuario, cumpliendo un horario y utilizando las herramientas tecnológicas que el suministraba la demandada; sin tener posibilidad de salirse de los lineamientos dados en la medida que desarrollaba un cargo de carácter misional.

Aduce de otra parte que las interrupciones en el sector público son normales, pues es normal que se terminen los contratos y por razones



presupuestales y de otra índole se demoren en celebrar nuevos contratos de prestación de servicios, pero que ello no implica que se desvirtúe la subordinación; y que de ser así debe tenerse en cuenta que desde el año 2014 hasta el 2016, hubo una continuada dependencia sin ninguna interrupción y al menos se ha debido tener en cuenta dicho periodo.

Afirma que la falta de contestación de la demanda constituye un indicio grave en contra de la demandada, así como la ausencia de su representante legal al interrogatorio de parte, razón por la que consideran que los hechos susceptibles de confesión en el interrogatorio que se iba a practicar, influyen en que no se hubiera podido informar al Despacho como era el tipo de relación jerárquica o agregarle más prueba a ello. Pero que en todo caso quien tenía la carga probatoria era la demandada

Sostiene que de acuerdo con las facultades ultra y extra petita se hubiera podido concluir que las interrupciones no estaban afectando la continua subordinación y dependencia; y que hubo un vínculo continuo de 2014 a 2016.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En los términos del recurso de apelación y en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contrae a establecer, si el vínculo en virtud del cual la demandante prestó servicios personales a favor de la entidad demandada fue de carácter laboral; y de ser así, si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales que reclama.



Con tal propósito corresponde tener en cuenta que la entidad accionada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, razón por la que a efectos de determinar la existencia o no del vínculo laboral que se reclama, corresponde acudir a lo que para el efecto establece el Decreto 2127 de 1945, más no el Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas de acuerdo con lo que establece el Decreto 2127 de 1945 en su artículo 2º, para que se configure la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos: 1. **La actividad personal o prestación del servicio** 2. **La dependencia o continuada subordinación**, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y; 3. **La existencia de salario**.

En el asunto se encuentra acreditado con la documental visible a folios 209 a 344, que la demandante prestó servicios personales a favor de la demandada mediante la suscripción de múltiples contratos de prestación de servicios entre el 14 de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2016; prestación del servicio que, contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20² del Decreto citado, permite presumir la existencia de la relación laboral que se reclama.

En este punto a juicio de la Sala, resulta imperativo advertir a la accionada que la jurisprudencia ha indicado que la referida presunción no se desvirtúa con la simple exhibición de los contratos de tipo comercial, civil, o incluso de naturaleza administrativa suscritos entre las partes, pues independientemente

² "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción."



del rótulo que se le dé al contrato que estas suscriben, lo que resulta determinante es lo que sucede en el campo de los hechos, esto es, la forma como se ejecuta la prestación del servicio.

Y en tal sentido, aun cuando la carga probatoria recaía en la demandada advierte la Sala que a solicitud de la parte actora se recepcionaron las declaraciones de María Marleny Amaya Castañeda, María Eugenia Romero Ramírez y Magda Inés Moreno Patiño personas que tuvieron una relación directa con la demandante en desarrollo de las funciones que cumplía para la entidad demandada como Promotora, las dos primeras en condición de afiliadas a la entidad accionada y la último como contratista de la Alcaldía de Madrid Cundinamarca; quienes indicaron que la demandante al interior de la entidad demandada era la persona encargada de atender a sus afiliados, de tramitar las autorizaciones médicas y realizar las afiliaciones; y que para ello además debía cumplir un horario.

En este punto considera la Sala oportuno señalar que en tanto la demandante realizaba funciones propias del giro de actividades de la entidad accionada, en su condición de Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL1439 de 2021, ello también constituye un hecho indicativo del carácter subordinado de la prestación del servicio; al respecto indicó la alta Corporación del Trabajo en la referida decisión:

“En relación con el criterio de la integración en la organización de la empresa, acogido en la Recomendación n.º 198 de la OIT, la Sala ha destacado su importancia en las dinámicas productivas actuales (CSJ SL4479-2020), dado que se trata de un indicador abierto, complejo -aglutina otros indicios- y relevante para resolver casos dudosos, como aquellos que se presentan en sectores económicos fragmentados por prácticas de tercerización laboral o de subcontratación en las que el juez se enfrenta a una pluralidad de empresas (relaciones multipartitas o redes empresariales) o trabajos caracterizados por el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).



Este criterio da por descontado que la empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de su titular. Cuando el empleador organiza de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador en ese ámbito para dirigir y controlar su labor, según esos fines empresariales, se estará ante un indicio claro de subordinación. El trabajador que no tiene un negocio propio, una organización empresarial suya con su propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, sino que se ensambla en la de otro, carece de autonomía. No se trata de una persona que desarrolla libremente y entrega un trabajo para un negocio, sino que su fuerza de trabajo hace parte del engranaje de un negocio conformado por otro.”

En las condiciones analizadas, erró el servidor judicial de primer grado, no solo al desconocer la presunción que establece el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945; sino en la valoración de las pruebas obrante dentro del proceso, de las que se puede establecer con meridiana claridad el carácter subordinado con que la demandante ejecutaba las actividades para las cuales fue contratada, a pesar de que se vinculara mediante contratos de carácter civil, pues como se indicó ejecutaba labores propias del giro de actividades de la demandada en las instalaciones que ésta le proporcionaba, en cumplimiento de un horario y de las órdenes e instrucciones que le eran impartidas desde Bogotá.

Las razones expuestas son suficientes para determinar la existencia del vínculo laboral y en consecuencia se revocará la decisión que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado, pues aun cuando el Instituto de Seguros Sociales contaba con la posibilidad para celebrar contratos de prestaciones de servicios en los términos de la Ley 80 de 1993, como lo plantea la recurrente, lo cierto es que esto no la faculta para desconocer derechos laborales, del personal que contrata.

Ahora; considera la Sala oportuno indicar que de acuerdo con la documental obrante a folios 209 a 344 del expediente entre las partes se



suscribieron múltiples contratos de prestación de servicios, lo que no es óbice para que en virtud del principio de primacía de la realidad se declare la existencia de un solo vínculo, siempre y cuando entre la suscripción de uno y otro contrato no medie una interrupción considerable de tiempo, o se acredite continuidad en la prestación personal del servicio a pesar de que no esté respaldada por un contrato; en tal sentido

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la demandante prestó servicios personales a favor de la demandada así: *i)* del 14 de febrero al 13 de mayo de 2005, *ii)* del 2 de enero al 31 de julio de 2006, *iii)* del 1º de abril de 2007 al 31 de marzo de 2011, *iv)* del 1º de junio de 2011 al 31 de octubre de 2011, *v)* del 3 al 31 de enero de 2012, *vi)* del 28 de febrero de 2012 al 30 de septiembre de 2012, y *vii)* del 2 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016; lo anterior en tanto que entre uno y otro contrato median interrupciones de al menos 28 días y la prueba testimonial recepcionada no permite establecer con certeza la prestación personal del servicio en el referido periodo.

Ahora bien; aun cuando no es posible declarar la existencia de un único contrato de trabajo como lo pretende la parte actora, pues como se advirtió se acreditó la prestación personal del servicio en diversos periodos, contrario a lo que éste plantea el servidor judicial de primer grado, a juicio de la Sala ello no es óbice para que se pueda analizar la procedencia de las pretensiones de condena, bajo el entendido de que se está reconociendo menos de los pretendido; de esa forma lo ha adoctrinado la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia proferida dentro del radicado 35.033 de 2009, 38.182 de 2011 y en forma más reciente en sentencia SL5595 de 2019; al indicar:

“No está demás advertir por la Sala que nada obsta para que el juez declare la existencia de dos contratos de trabajo, pese a que el demandante invocó la



existencia de uno solo, pues es bien sabido que el principio de consonancia contenido en el artículo 305 del CPC que informa las sentencias de instancia respecto de las pretensiones solicitadas, no excluye la posibilidad de que se profiera un fallo infra petita.”

Bajo tal perspectiva procede la Sala a analizar las pretensiones de condena de la demanda, respecto del vínculo laboral vigente entre del 2 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta para ello como salario y el monto que mensualmente la demandante percibió como honorarios.

Corroborada como se encuentra la existencia del vínculo laboral, por razones de carácter metodológico la Sala analizará la procedencia de la excepción de prescripción propuesta por el Agente del Ministerio Público, para lo cual se ha de tener en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y S.S. el término prescriptivo es de tres años los cuales comienzan a contabilizarse a partir del momento en que se hacen exigibles pero puede ser interrumpido por una sola vez con la reclamación escrita; la que en el presente asunto se elevó el 24 de marzo de 2017³, razón por la que se declarará probado el referido medio exceptivo en relación con los derechos causados con anterioridad al 24 de marzo de 2014.

PRIMAS DE SERVICIOS

Reclama la demandante el reconocimiento y pago de prima de servicios respecto de la totalidad del vínculo laboral; sin embargo, en tanto que las disposiciones del Decreto 1042 de 1978 sólo comprenden a los empleados públicos del sector nacional y el Decreto 1045 de 1978 no contempla la prima de servicios, no resulta procede su reconocimiento.

³ Cfr fls 47 a 54.



AUXILIO DE CESANTÍAS

De acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, corresponde reconocer a favor de la demandante por este concepto la suma de \$3'997.222,00.

INTERESES A LAS CESANTÍAS

Respecto a los intereses sobre el auxilio de la cesantía, debe advertir la Sala que no existe norma legal donde se establezca este derecho para los trabajadores oficiales, pues el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, en la forma como fue modificado por el artículo 3º de la Ley 41 de 1975, consagra esta prestación pero a cargo del Fondo Nacional del Ahorro. Razón por la que se negará esta pretensión.

VACACIONES

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1045 de 1978 la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la suma de \$1'998.611,00.

PAGO DE APORTES EN PENSIÓN

Al respecto corresponde señalar que, de acuerdo con los artículos 17 de la Ley 100 de 1993, es obligación del empleador afiliar y pagar la parte que a él corresponde de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión de sus trabajadores, motivo por el que resulta procedente condenar a la demandada a efectuar el pago de los aportes en pensión a la administradora de fondo a la que se encuentre afiliada la demandante, previa elaboración del cálculo actuarial correspondiente.



INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

La procedencia del pago de la indemnización por despido, se encuentra soportada sobre la terminación de la relación laboral por parte del Instituto de Seguros Sociales por causa distinta a las legalmente establecidas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965.

En ese orden de ideas considera la Sala que para su procedencia, era a la demandante a quien le correspondía acreditar que el vínculo finalizó como consecuencia de la determinación de la entidad accionada, y solo verificado este supuesto correspondía al empleador correr con la carga de la prueba de demostrar la justa causa de la terminación del vínculo; pese a ello, no existe dentro del plenario medio probatorio que dé a la Sala certeza de esta situación, pues los deponentes nada refieren sobre el particular, razón por la que se absolverá a la demandada de su reconocimiento.

DERECHOS EXTRALEGALES

Solicita la demandante el reconocimiento y pago de todos los derechos extralegales a los que tengan derecho los trabajadores de la entidad; sin embargo, en tanto no se acreditó la existencia de acuerdo extralegal del cual pueda ser beneficiaria la demandante, y la pretensión además resulta genérica en tanto no especifica los derechos que reclama, no resta más que absolver a la demandada de su reconocimiento.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

No es posible acceder a su reconocimiento en tanto que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es aplicable a los trabajadores oficiales.



INDEMNIZACIÓN MORATORIA –

En punto al reconocimiento de esta indemnización, se considera oportuno señalar que insistentemente la jurisprudencia laboral, ha señalado que la sanción establecida en el Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática, ya que para determinar su viabilidad debe examinarse la conducta del acreedor y si de ese análisis se colige que el no pago o el pago deficitario de salarios, prestaciones o indemnizaciones se debe a la creencia de no deber suma alguna hay que exonerar por este concepto.

En ese sentido, para imponer o exonerar de esta sanción, no es suficiente por una parte, la mera declaración de la existencia del vínculo laboral, como por otra, no basta con que el empleador señale o contraponga a la declaratoria del contrato de trabajo otro tipo de vínculo, ya que en este último evento se requiere de un examen de los medios de prueba para verificar hasta qué punto el convencimiento del empleador tiene tal fuerza para excusarlo de haber negado el reconocimiento y pago de los derechos laborales de su verdadero trabajador y no simple contratista.

En el asunto, a juicio de la Sala la demandada en realidad no estuvo revestida de buena fe para negar las acreencias laborales de la trabajadora; y en efecto, no puede existir una creencia sincera y convincente por parte de la pasiva de haber desarrollado desde el inicio un contrato de prestación de servicios para suplir ciertas necesidades propias del giro normal de sus actividades y adicionalmente quedó establecido el cumplimiento de un horario que le imponía la entidad, obligaba a descartar cualquier tipo de independencia para desarrollar la labor contratada. Por tanto, si por disposición legal se sabe que cualquier intento de suprimir la libertad de horario del contratista dentro de una entidad pública, conlleva a que se presente un elemento típico de subordinación, aquella no puede persistir en su idea de seguir contratando bajo esa figura, así como tampoco seguir



dando órdenes, y en general asimilando o dándole el mismo trato que a un trabajador de su planta de personal, sin hacer ninguna distinción, pues lo único que los diferencia será el rótulo de la contratación, pero en general se trata del mismo tipo de trabajador, tal como se puede establecer dentro del proceso de la prueba testimonial recepcionada.

En tal sentido, se condenará a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria a razón de la suma diaria de \$33.333,33 desde el 1° de abril de 2017, hasta el momento en que se produzca el reconocimiento y pago de los derechos adeudados.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia, las de primer grado estarán a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.-REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar la existencia de una relación de carácter laboral entre las partes, por el periodo comprendido entre el 2 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

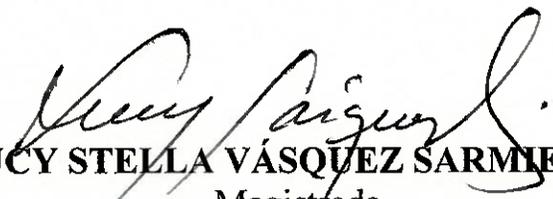


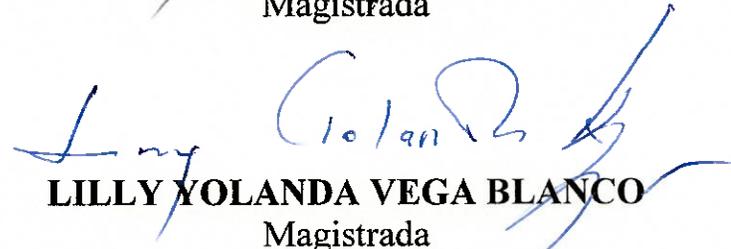
SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada al reconocimiento y pago de las siguientes sumas y conceptos: *a)* \$3'997.222,00 por concepto de cesantías; *b)* \$1'998.611,00 por concepto de vacaciones; *c)* al reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por la totalidad del vínculo declarado en la proporción que le correspondía como empleador, previa elaboración del cálculo actuarial por parte de la Administradora de fondo de pensiones a que se encuentra afiliada la demandante de acuerdo con la suma que mensualmente percibió como contraprestación por sus servicios; *d)* la suma diaria de \$33.333,33 desde el 1° de abril de 2017 hasta el momento en que se produzca el reconocimiento y pago de las sumas adeudadas.

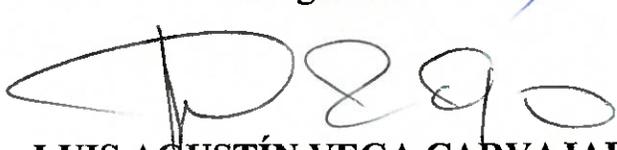
TERCERO.- ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su reconocimiento en esta instancia; las de primer grado a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado