República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIME QUINTERO ARGUELLES** contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **005 2019 00158** 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020, por el Juzgado 5.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de su indemnización sustitutiva conforme lo establece la Ley 100 de 1993, así como a la indexación de la misma, y al pago de costas y gastos procesales.

Como fundamento de lo anterior, señaló que laboró en varias empresas privadas y cotizó al I.S.S., hoy COLPENSIONES un total de 491,86 semanas; que de forma alterna, laboró y cotizó con el Magisterio Oficial Colombiano, y que, posteriormente, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio le reconoció pensión de invalidez mediante Resolución n.° 3141 del 20 de junio de 2012.

Finalmente, señaló que el 19 de octubre de 2018, solicitó el reconocimiento aquí pretendido a COLPENSIONES, sin embargo, mediante Resolución n.° SUB 290556 del 6 de noviembre de 2018, la entidad demandada negó tal pedimento (Exp. dig., doc. 001, págs. 3-10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (Exp. dig., doc. 001, págs. 51-52).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; con fundamento en que el actor no cumple con los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento de la prestación solicitada.

Formuló como excepciones de mérito las denominadas carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho

reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación (Exp. dig., doc. 001, págs. 56-62).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (Exp. dig., doc. 001, págs. 54-55).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de noviembre de 2020, condenó a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante la suma de $19.203.403 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de que trata el Artículo 37 de la Ley 100 de 1993, suma que deberá indexarse teniendo en cuenta como I.P.C. inicial el del mes de noviembre de 2020 y como I.P.C. final el del mes anterior al que se efectúe su pago, además, la condenó en costas (Exp. dig., doc. 001, págs. 87-94).

Consideró, que desde hace un tiempo, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido una jurisprudencia pacífica frente al tema, y, en sentencias tales como la SL 5792 de 2014 y SL 4538 de 2018, se ha manifestado que la pensión de invalidez reconocida por el Magisterio al demandante es **compatible** con la indemnización pretendida, pues su pago se encuentra a cargo de entidades distintas y se trata de dos prestaciones totalmente diferentes en su finalidad, naturaleza y financiamiento, más aún en el caso del demandante, pues con dichos reconocimientos se atiende a dos contingencias diferentes.

Además, respecto del carácter de los dineros con que el Instituto de los Seguros Sociales paga las prestaciones que concede, indicó la anterior sentencia referida que hace rato fue

superado ese debate en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, sumado a que el I.S.S. se convierte en un mero administrador de esos dineros, razón por la cual, no es dable señalar a dicho fondo común como bien del tesoro, no haciendo parte de la prohibición contemplada en el Artículo 128 de la Constitución Política.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló para que fuese revocada totalmente la sentencia proferida, dado que la pensión de invalidez reconocida por el Magisterio y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez son incompatibles de conformidad con lo establecido en el Artículo 128 de la Constitución Política y el Artículo 19 de la Ley 4.° de 1992, toda vez que una persona no puede recibir dos asignaciones provenientes del erario público, sumado a que, se estaría reconociendo una prestación que cubre la misma contingencia.

Finalmente, indicó que conforme la Sentencia SL 71214 de marzo del 2018, Magistrado ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos, no es posible reconocerle a una misma persona dos prestaciones que amparen una misma contingencia, tal como en el caso del demandante con la pensión reconocida por el Magisterio y la indemnización sustitutiva.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si es o no compatible la pensión de jubilación que

percibe la demandante otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida a cargo de Colpensiones; en caso afirmativo, se analizará el cumplimiento y las condiciones de los requisitos exigidos para acceder al derecho reclamado.

Se acreditaron y no fueron discutidos lo siguientes hechos: ***i)*** el demandante nació el 26 de junio de 1954, por lo que a la fecha cuenta con 67 años de edad (Exp. dig., doc. 001, págs. 44); ***ii)*** completó 491,86 semanas cotizadas a Colpensiones por empleadores del sector privado entre el 1.° de agosto de 1981 y el 31 de mayo de 1992 (Exp. dig., doc. 001, págs. 36-37); ***iii)*** mediante Resolución n.° 3141 del 20 de junio de 2012, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento y pago de pensión de invalidez en favor del demandante, a partir del 16 de enero de 2012, al tenor de las leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 2831 de 2005, y la Resolución n.° 1352 de 2010 (Exp. dig., doc. 001, págs. 38-42); ***iv)*** entre otros, el 19 de octubre de 2018, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (Exp. dig., doc. 001, págs. 11-15); ***v)*** la prestación fue negada en Resoluciones n.° 2018_13265109 y 2018_15647303, por considerarla incompatible al tenor de lo previsto en los artículos 128 de la Constitución Política, y 19 de la Ley 4.ª de 1992, y que los aportes efectuados deben ser utilizados para financiar la pensión reconocida por el Fomag, conforme a los artículos 2.° del Decreto 2527 de 2000 y 17 de la Ley 549 de 1999 (Exp. dig., doc. 001, págs. 17-21 y 32-35).

Por imperativo mandato legal contenido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes forman parte del sector que la jurisprudencia y la doctrina ha considerado como regímenes exceptuados del sistema general social integral, implementado mediante dicha Ley 100.

A su vez, en cuanto a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, se dispuso en dicha normativa, que no solo el Sistema de Seguridad Social Integral no se les aplica, sino que las *«prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración»*; de tal manera que los educadores cobijados por esas prerrogativas tienen consagradas en su favor claras disposiciones de compatibilidad con pensiones, salarios y cualquier otro ingreso; en lo atinente a ese régimen pensional especial y a la cobertura de las contingencias para la vejez, establecidas en sistema general de seguridad social, creado por la Ley 100 de 1993.

Además, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, compilado hoy en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, refirió con relación a esta compatibilidad, que para el caso de los educadores quedó abierta la posibilidad de acumular cotizaciones, sin embargo, ello no implica que los docentes deban escoger obligatoriamente uno de los dos regímenes existentes en materia de pensiones; lo que se prevé allí, es la posibilidad de solicitar la acumulación de los aportes efectuados en uno de esos regímenes, con el fin de incrementar la prestación económica por vejez o disfrutar ambas prestaciones.

De manera reiterada, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no existe una

incompatibilidad para gozar simultáneamente de las dos prestaciones, originadas ellas, en el trabajo a diferentes empleadores, puesto que la financiación de una y otra pensión es diferente, precisándose que los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles (CSJ SL, 19 jun. 2008 rad. 28164, SL, 3 may. y 6 dic. 2011 rad. 40848 y 39810, y SL451-2013).

En este punto, se advierte que aun cuando el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, prevé que una de las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, consiste en que *«los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública»*, no se puede perder de vista que, la última expresión fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-378-98 *«(...) en el entendido que la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal,* ***en ningún caso, debe ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacen parte pertenecen a la Nación***».

Sobre ese aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y uniforme, ha explicado igualmente, que a pesar de que Colpensiones tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, contrario a lo que parece entender la apelante, ello no implica la propiedad del fondo económico con el que se financian las mismas, toda vez que los aportes que sirven para el efecto son realizados por empleadores y trabajadores y dicho ente solo actúa como su administrador (CSJ SL1373-2019, SL4538-2018 , SL451–2013, y SL, 18 sep. 2012 rad. 41158).

De este modo, encuentra la Sala que para el momento en el que el demandante solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el 19 de octubre de 2018, contaba con un total de 491,86 semanas de cotizaciones efectuadas en forma interrumpida entre el 1.° de agosto de 1981 y el 31 de mayo de 1992, por el Colegio Colombo Hebreo, Colegio San Mateo Apostol, Colegio San Bonifacio y por el demandante como independiente (Exp. dig., doc. 001, págs. 36-37), razón por la cual se concluye que el demandante acredita los requisitos normativos dispuestos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Según lo hasta aquí expuesto, y en los términos de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, había lugar a ordenar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, *«equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado»*.

El artículo 3.° del Decreto 1730 de 2001, dispone la fórmula a aplicar para determinar el valor de la indemnización sustitutiva, la que conforme a la liquidación que se anexa a esta decisión, teniendo en cuenta un total de 491,86 semanas de cotización, un salario base de liquidación promedio semanal de $736.029,44, y un promedio ponderado de los porcentajes de cotización de 5,69%, porcentaje que resulta inferior al establecido en primera instancia, que indexado a la fecha de la presente decisión arroja la suma de $20.585.166,33, por lo que, habrá de modificarse la condena impuesta. Siendo oportuno precisar, que en relación con la indexación ordenada por la *a quo*, la suma aquí liquidada, en todo caso, deberá ser actualizada desde la fecha de esta decisión, hasta la de pago efectivo, al no serle extensible a la parte demandante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por lo demás, no se configura el fenómeno prescriptivo sobre la indemnización aquí reconocida, al no haber transcurrido más de 3 años entre su exigibilidad, esto es, a partir de la declaración de imposibilidad de continuar cotizando, que en este caso se dio el 19 de octubre de 2018 (CSJ SL, 15 may. 2006 rad. 26330 y SL, 23 jul. 2009 rad. 36526), y la presentación de la demanda (28 de febrero de 2019 - exp. dig., doc. 1, pág. 46).

En los anteriores términos, quedado estudiado el recurso de apelación interpuesto por la demandada y surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de los puntos discutidos que no fueron apelados. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 proferida por el Juzgado 5.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 noviembre de 2020, en el sentido de **condenar** a Colpensiones, a reconocer y pagar a Jaime Quintero Arguelles, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reglada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de $20.585.166,33, que deberá ser indexada desde la fecha de esta decisión, hasta

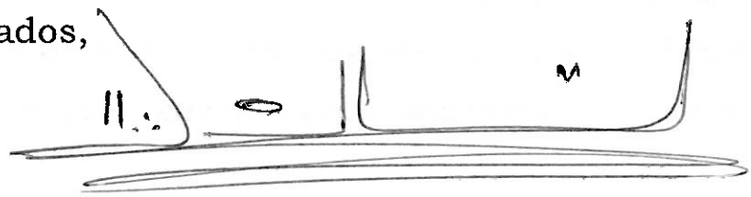
cuando se realice el pago efectivo por parte de la demandada, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FABIÁN MAURICIO CAMARGO VARGAS** contra **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y SEGUROS DE VIDA COLMENA SA.**

EXP. 11001 31 05 **012 2019 00055 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante demandada A.R.L. Seguros de Vida Colmena S.A., contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del dictamen de fecha 20 de septiembre de 2018, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el sentido de que las deficiencias por movimientos de la rodilla y dolor crónico son consecuencias del accidente laboral ocurrido el 1.° de noviembre de 2016, y en consecuencia, solicita el pago de la indemnización permanente parcial, auxilio por incapacidad temporal de origen laboral, extra y ultra petita, indexación y costas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que laboró para **CLARIANT PLASTICS AND COATING,** desde el 1 de julio de 2015, a través de un contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de supervisor de producción, que el 1.° de noviembre de 2016, siendo las 9:38 am, sufrió un accidente de trabajo en las instalaciones de la empresa, al intentar levantar elementos de protección personal de un peso aproximado de 8 kilos, cuando sintió un fuerte dolor en la rodilla izquierda; accidente que fue informado al jefe directo, quien lo remitió al área de salud ocupacional de la empresa liderada Viviana Díaz, quien le indicó que no era nada grave, y que debía volver a su labor, prescribiéndole colocar hielo en la zona y la toma de analgésicos, que le fue diagnosticado el 8 de noviembre de 2016, esquinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales externo e interno de la rodilla, desgarro de meniscos; refirió, que la empresa de medicina prepagada Allianz, contratada por el patrono, lo empezó atender y a emitir incapacidades médicas, refiriendo que las incapacidades no fueron pagadas por la A.R.L. Colmena, relató que fue intervenido quirúrgicamente y tratado médicamente por sutura de menisco medial rodilla izquierda por artroscopia.

Seguidamente, relató que el empleador reportó en forma ex temporánea el accidente de trabajo a la A.R.L. Colmena S.A., el 10 de noviembre de 2016, sin embargo, el 2 de diciembre de la misma anualidad, la aseguradora de riesgos laborales no reconoció el evento como de origen laboral; que presentó inconformidad contra el dictamen y fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, quien declaró de origen laboral, sin embargo, comentó que fue apelado por la aseguradora de riesgos laborales, y por ende remitido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien determinó el origen común.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de febrero de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (fl.150).

La demandada **COLMENA SEGUROS S.A.**, se opuso a todas pretensiones de la demanda, respecto de los hechos, en síntesis, manifestó que las patologías calificadas no eran de origen laboral y menos eran causa del evento ocurrido el 1.° de noviembre de 2016, al no ser suficiente para la generación de tales deficiencias. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de los presupuestos para el otorgamiento de las prestaciones económicas pretendidas por parte del sistema de riesgos profesionales, el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación está llamado a mantenerse en firme con todos sus efectos, falta de idoneidad del dictamen aportado por la parte actora, total cumplimiento de las obligaciones a cargo de COLMENA SEGUROS S.A., (Fl.169- 196).

La demandada **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, se opuso a la condena en costas, y que se atenía a lo que resultare probado en el proceso, y frente a los hechos manifestó que no le constaban, y los demás, de los cuales adujo que no eran ciertos por tratarse de afirmaciones del abogado. Propuso las

excepciones de mérito legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación competencia como calificador de segunda instancia, improcedencia del petitum inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen carga de la prueba a cardo del contradictor, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez competencia del juez laboral, buena fe de la parte demandada y genérica (fl. 222-238).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 3 de mayo de 2021, declaró que las patologías contusión rodilla izquierda – POP medial, desgarro muscular cuádriceps y gastrocnemio hidrartrosis bursitis del semimembranoso, es determinado con origen laboral en un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 18%, y en consecuencia, condenó a la A.R.L. Colmena Seguros S.A., al pago de una indemnización por incapacidad permanente parcial equivalente a $25.569.417 pesos, absolvió del restante de pretensiones de la demanda a las demandadas, y condenó en costas a la A.R.L. Colmena Seguros S.A., en una suma equivalente a $1.800.000 pesos.

Consideró, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, hizo una argumentación general y no especifica respecto de la rodilla izquierda, sin embargo, expresó que las patologías contusión rodilla izquierda – POP medial, desgarro muscular cuádriceps y gastrocenemio hidrartrosis bursitis del semimembranoso, son de origen laboral, por cuanto quedó evidenciado en el Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que el demandante no tenía un antecedente que rompiera el nexo de causalidad entre el accidente y las patologías, y en ocasión a ello, encontró procedente el pago de la indemnización permanente

parcial no de acuerdo al porcentaje calificado en el dictamen pericial, sino al que efectuó de acuerdo a la valoración probatoria, esto es, 18 % de pérdida de capacidad laboral.

Igualmente, señaló que no se cumplió con la carga de la prueba para el reconocimiento de a las incapacidades temporales, por lo que había lugar absolver por este concepto. Condenó en costas a la demandada Colmena Seguros de Vida S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, declaró su inconformidad en lo referente a que no se condenó al pago del subsidio por incapacidad temporal con ocasión al accidente de trabajo.

Por otro lado, la apoderada judicial de la parte demandada Colmena A.R.L. S.A., interpuso recurso de apelación, manifestó reparos en cuanto al origen de las patologías, argumentó que en el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el cual determinó el origen común de las patologías; expresó además, que en torno a la lesión del demandante, anteriormente al evento del 1.° de noviembre de 2016, prexistía una lesión en la rodilla derecha, sin que el dictamen pericial haya desvirtuado el contenido del emitido por la Junta Nacional, y que tampoco se demostró que el hecho de acuclillarse haya sido la causa de la patología, e igualmente, indicó que no era procedente condena por indemnización por incapacidad permanente parcial, ya que la fecha de estructuración, fue posterior a la desvinculación del sistema de riesgos laborales, y adicionalmente no estuvo de acuerdo en lo atinente al porcentaje asignado por el juzgador.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico principal, determinar si las deficiencias padecidas por el demandante son de origen laboral, y en caso positivo, verificar la procedencia o no del auxilio por incapacidad temporal de origen laboral.

Frente al problema jurídico planteado, advierte la sala que no hay discusión entre las partes, que el demandante el día 1.° de noviembre de 2016, se encontraba recogiendo unos elementos de protección personal de aproximadamente 8 kilos, para lo cual se arrodilló y al levantarse sintió un traquido en la rodilla izquierda, pues la controversia se suscita en que si los diagnósticos desgarro de meniscos izquierdos, esguinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales (externo) (interno) de la rodilla izquierda, son o no, de origen laboral.

En relación a ese tópico, el Dictamen No. 80139318-13762 del 20 de septiembre de 2018, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, del cual se solicita la nulidad, en relación con el origen de las patologías calificadas, señaló lo siguiente: "*...Consideramos que en el presente caso se cumplen las circunstancias de tiempo y lugar, más no las de modo; en el sentido de que no existe en ninguna de las versiones mecanismo de lesión por riesgo creado por el empleador, triada sin la cual, no se cumple con la definición de accidente de trabajo por causalidad, ocasionalidad o bajo espectro de subordinación*".

Ahora bien, producto de la facultad oficiosa de operador judicial, fue incorporado al plenario un dictamen pericial número 80139318-1004 de fecha 7 de febrero de 2020, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en la que determinó que la deficiencia "*Otros trastornos de los meniscos*", era de origen laboral con una pérdida de capacidad laboral del 13% con fecha de estructuración del 19 de diciembre de 2017 (fl. 248-250).

A lo precedido, se suma que el médico ponente Eduardo Alfredo Rincón García, rindió explicaciones sobre el dictamen elaborado, a quien se le preguntó sobre la conclusión del evento como de origen laboral, manifestó que se trataba de un paciente que al momento del evento no tenía la rodilla sana, pues tenía una artrosis asintomática preexistente, pero que a pesar de ello, con la resonancia magnética realizada quince días después del evento, se comprueba que hubo un componente inflamatorio que se concluye aguda proveniente de la lesión del menisco; adicionalmente, refirió el perito que el demandante al doblarse, hizo una carga desigual sobre los platillos tibiales interno y externo, rotándose la rodilla hacia la derecha, y eso hizo que toda la presión se diera sobre el menisco y este terminara roto, aclarando que se trataba de una rodilla con artrosis preexistente.

Teniendo en cuenta lo precedido, observa la sala, que el evento reportado o en la descripción del accidente, se consignó lo siguiente: "*a trabajador se encontraba en el cuatro de almacenamiento recogiendo unos epp los cuales pesaban 8 kilos aproximadamente, el trabajador se arrodilló para recogerlas y al levantarse sintió un traquido. Adición: el trabajador, se encontraba en el cuarto de almacenamiento recogiendo unos epp los cuales pesaban 8 kilos aproximadamente, el trabajador se arrodilló para recogerlas y al levantarse sintió un traquido en la rodilla izquierda, presentó dolor*" (fl. 60-61).

No pierde de vista la sala, que si bien en el demandante preexistía una artrosis en la rodilla izquierda, lo cierto es, que no existe prueba de que la misma haya sido **el detonante de la lesión de los meniscos,** pues de acuerdo con el análisis realizado por el perito Eduardo Alfredo Rincón García, se constata que los resultados de la resonancia magnética arrojaron un componente inflamatorio producto de una lesión aguda; sin embargo, para esta corporación judicial no resulta claro que el evento reportado sea la causa de la lesión aguda, por cuanto en el aviso de accidente de trabajo se indica que fue al momento de **levantarse** por parte del demandante que sintió un traquido y presentó dolor, lo que resulta contradictorio con el hecho analizado por el perito, esto es, que el demandante al **doblarse** hizo una carga indebida, **rotándose la rodilla a la derecha**; circunstancias estas últimas que no quedaron consignadas en el reporte del accidente de trabajo, y que no pueden avalarse para concluir que fue lo que en realidad aconteció, máxime cuando el contenido del reporte del accidente de trabajo no fue un asunto sometido a discusión.

Lo acabado de decir, resulta indispensable, en vista que debe existir la probanza del nexo causal entre el evento laboral y las deficiencias diagnosticadas para concluir el origen laboral, circunstancia que como se dijo, no puede extraerse del dictamen pericial, puesto que si bien existe prueba de una lesión sobre los meniscos de acuerdo con la resonancia magnética, resulta confuso que la misma haya sido producto del evento acaecido el 1.° de noviembre de 2016, máxime cuando la aludida resonancia, fue realizada quince (15) días después del accidente laboral.

Por otro lado, resulta cuestionable que en la experticia técnica solo se haya tenido como antecedente laboral el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 8 de febrero de 2018, y se haya dejado por fuera el dictamen emitido por

la Aseguradora de Riesgos Laborales, así como el emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que es el que constituye el objeto principal del proceso; razones todas estas, que resultan suficientes para concluir que no se demostró el nexo causal entre el accidente laboral y las deficiencias desgarro de meniscos, esguinces y torceduras que comprometen los ligamentos laterales (externo) (interno) de la rodilla izquierda.

Resulta entonces palmario, que el actor incumplió con su carga probatoria que le correspondía, en demostrar con medios de convicción, el origen laboral de las deficiencias adquiridas, por lo que no están llamadas a prosperar las pretensiones invocadas por el actor, y por sustracción de materia, no se estudiará los restantes reparos provenientes del recurso de alzada al depender de la declaratoria del origen laboral de las patologías.

Lo anterior, como quiera que en el presente asunto, el actor no cumplió con la carga probatoria que permitiera al fallador de instancia otorgarle lo pretendido, a lo que estaba obligado por virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por analogía al procedimiento laboral, se impone la absolución de las demandadas, y en ese sentido, se revocará en todas sus partes la decisión apelada, y se absolverá de todas las pretensiones de la demanda a la demandada A.R.L. Colmena Seguros S.A. y a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a las demandadas **A.R.L. COLMENA SEGUROS S.A.** y a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas de primera instancia a cargo de la parte actora, fíjense como agencias en derecho la suma de un SMMLV. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **WBER FARID CÁCERES PINZÓN** contra **SAXON SERVICES DE PANAMÀ - SUCURSAL COLOMBIA.**

EXP. 11001 31 05 **015 2018 00164** 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió el demandante que se declarara que entre él y Saxon Services de Panamá - Sucursal Colombia, existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada qu7e inició el 18 de abril de 2013, y terminó el 17 de febrero de 2015, sin justa causa por parte de la demandada y sin que mediara autorización del Ministerio del Trabajo para su despido, pese a ser un sujeto de especial protección amparado por la garantía de estabilidad laboral reforzada debido a su estado de salud, y que por ello, se declare que dicho despido fue ineficaz.

En consecuencia, que se condenara a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo que desempeñaba o a uno de igual o mejor jerarquía; al reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de percibir desde el momento del despido, a efectuar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud y Pensión, así como la indemnización de que trata el Inciso 2.° del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y la indemnización plena de perjuicios prevista en el Artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para el efecto, manifestó que el 18 de abril de 2013, celebró un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, estableciéndose por tal "*mientras duraren las labores de perforación del pozo RB 611-H con el RIG 130 en Campo Rubiales, Meta*", para desempeñar el cargo de mecánico, con un salario mensual de $7.683.739; que previo lo anterior, se le realizaron exámenes médicos de ingreso, en los que se determinó con relación a su situación osteomuscular, así como la de su columna, la completa normalidad y se determinó que era apto para trabajar en alturas. Aunado a ello, manifestó que posteriormente, en diferentes oportunidades, suscribió varios Otro sí a su contrato, en los que se modificó la obra y el lugar de prestación del servicio.

Señaló, que el 6 de julio de 2014, acudió al servicio de urgencias de su E.P.S., tras presentar dolor en la región lumbar derecha, que irradió a su miembro inferior derecho y ocasionalmente a sus testículos; que el 11 de febrero de 2015, volvió a presentar el mismo dolor, razón por la cual, en consulta médica se le diagnosticó 'lumbago no especificado' y le fue recomendado no realizar esfuerzos con la espalda, utilizar los músculos de las piernas para levantar peso, ejercitar los músculos de la espalda, entre otras, las cuales, el día 17 de febrero de la misma anualidad, fueron informadas a su jefe inmediato, el señor Diego Fernando Jaramillo, quien le manifestó verbalmente, que no le permitiría el ingreso a turno al día siguiente, toda vez que sería despedido.

Así, arguyó que el 17 de febrero de 2015, la empresa demandada le comunicó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, argumentando una presunta terminación de la obre o labor contratada; sin embargo, el RIG 133 continuó operando; que el 24 de febrero de 2015, se le realizaron exámenes ocupacionales de egreso, donde se hizo la siguiente observación: "*egreso no satisfactorio, valoración por E.P.S. y revaloración*", pues, el galeno envió la lumbalgia a estudio y diagnosticó una discopatía degenerativa L4-L5.

Finalmente, adujo que el 20 de mayo de 2016, la Junta Regional de Calificación de invalidez profirió concepto de calificación en primera oportunidad, donde determinó que su patología tenía un origen común, sin embargo, el 8 de agosto de 2016, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez modifica tal dictamen y establece que la enfermedad padecida por el demandante es de origen laboral (f.° 3-16).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 1.° de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 175).

SAXON SERVICES DE PANAMÁ S.A. SUCURSAL COLOMBIA - EN LIQUIDACIÓN, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Manifestó, que entre ésta sociedad y el demandante existieron 3 contratos de trabajo por obra o labor determinada, los cuales tuvieron los siguientes extremos temporales: el primero, del 3 de marzo de 2011 al 10 de noviembre de 2011; el segundo, del 18 de abril de 2013 al 3 de marzo de 2014; y el tercero, del 4 de marzo de 2014 al 17 de febrero de 2015. Adujo, que jamás tuvo conocimiento de las recomendaciones que señala el demandante, pues, durante la ejecución de los contratos de trabajo, el demandante jamás se vio afectado por alguna disminución en su salud, y no existe prueba dentro del plenario que permita concluir que es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada.

Aunado a ello, manifestó que en el Dictamen de la Junta nacional de Calificación de Invalidez, allegado por el demandante, se evidencia la existencia de un histórico laboral de más de 14 años en el desempeño de labores de mantenimiento y como mecánico, sin que se haya determinado aún el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ni mucho menos la fecha de estructuración, de manera que, no resulta dable afirmar que la patología del actor resulta atribuible a ésta sociedad, pues siempre cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo como empleador.

Formuló como excepciones las de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, alcance de la Ley 361 de 1997, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor, improcedencia e imposibilidad de reintegro, inexistencia de culpa patronal e improcedencia del pago de la indemnización plena de perjuicios, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, y prescripción (f.° 203 - 270).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de mayo de 2021, se absolvió a la empresa demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, así mismo, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, e inexistencia de los presupuestos para que opere la culpa patronal. Aunado a ello, condenó en costas a la parte demandante.

Respecto de la pretensión del reintegro, señaló, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dispone que ninguna persona podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo, y que quienes fueran despedidos, por dichas condiciones, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario.

Indicó, que en sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia, tales como las SL 2841 y SL 4962 de 2020, se determinó que para que el despido sea ineficaz y opere la estabilidad laboral reforzada en personas en condición de discapacidad el trabajador debe padecer de un estado de incapacidad en grado moderado, severo o profundo; el empleador debe tener conocimiento del mismo, y debe despedir al trabajador de manera unilateral, sin justa causa y sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo, y que dichos supuestos debían ser demostrados por el trabajador.

Señaló, que si bien en el presente caso se encuentra acreditado que el demandante si padece ciertas patologías que deterioran su estado de salud, no se logró evidenciar que para el 17 de febrero de 2015, fecha de terminación del contrato de trabajo, el empleador hubiese tenido conocimiento de dicho estado de salud, lo que es requisito indispensable para que se presuma que tal terminación obedeció a la situación de salud del demandante, más aún, cuando

para dicha data el demandante no se encontraba incapacitado.

Aunado a ello, aclaró que en virtud del principio probatorio que establece que nadie puede preconstituir su propia prueba, no se puede tener como prueba del conocimiento del empleador, la sola manifestación del demandante frente a que le comunicó su situación de salud a su jefe directo.

Finalmente, respecto de la indemnización de perjuicios solicitada como consecuencia de la culpa patronal por daños causados a la salud del trabajador; precisó, que de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 565 de 2020, para que la misma proceda es necesario probar la responsabilidad subjetiva del empleador, esto es, se debe demostrar que el daño sea consecuencia de una acción u omisión que le pueda ser atribuida, sin embargo, tal situación no fue acreditada por el actor, y conforme las pruebas testimoniales practicadas, se pudo determinar que la demandada sí brindó los elementos de protección necesarios para la labor que cumplía.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la sala tendrá como problemas jurídicos, los siguientes: ***i)*** determinar si en el presente caso, el actor se encontraba protegido por el fuero de estabilidad laboral reforzada al momento del despido, y en caso afirmativo, establecer la procedencia de las condenas solicitadas, así como de la indemnización de que trata el Inciso 2.° del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y ***ii)*** analizar la procedencia de la indemnización plena de perjuicios prevista en el Artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este orden, procede la sala a pronunciarse sobre lo relativo a la estabilidad laboral reforzada que alegó el actor tener, a la finalización de su contrato de trabajo con la demandada.

Resultó acreditado dentro del proceso que ***i)*** entre las partes existieron 3 contratos de trabajo a por obra o labor determinada, que tuvieron los siguientes extremos temporales: el primero, del 3 de marzo de 2011 al 10 de noviembre de la misma anualidad (f.° 203); el segundo, del 18 de abril de 2013 al 3 de marzo de 2014 (f.° 26); y el tercero, del 4 de marzo de 2014 al 17 de febrero de 2015 (f.° 49), ***ii)*** y que la demandada terminó el vínculo laboral unilateralmente por terminación de la obra contratada el día 11 de febrero de 2015 (f.° 69).

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece una protección legal para aquellos trabajadores que padezcan una limitación psíquica, sensorial o mental. Su objetivo fundamental, es garantizar la inclusión de las personas en condición de discapacidad en el mercado laboral de manera equitativa, y evitar la materialización de conductas discriminatorias por parte de los empleadores respecto de éstos. Así las cosas, para despedir a un trabajador en situación de discapacidad, es necesario que medie la autorización del Ministerio del Trabajo.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que la limitación que ostenta el trabajador, para establecer que efectivamente goza de estabilidad laboral reforzada, debe tener carácter al menos de moderada, esto es cuando la discapacidad de este represente como mínimo, el 15% de la pérdida de capacidad laboral, *«pues no es suficiente por sí el solo quebrantamiento de su salud o el encontrarse en incapacidad médica»* (SL10538-2016, SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018, SL2797 - 2020

y SL477-2020). Así, en las sentencias SL-10538 de 2016 y SL-5163 de 2017, la Corte estableció que gozarán de dicha protección los trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%), y profunda (mayor del 50%).

Sumado a ello, en sentencia SL-5184 de 2020, nuestro órgano de cierre, precisó que para que pueda tipificarse la figura de la estabilidad reforzada, *«es preciso primero, que se trate de personas con discapacidad, segundo, que el hecho sea conocido por el empleador, y, tercero, que la ruptura contractual obedezca a esta situación del trabajador»*.

Por su parte, en sentencia SU-049 de 2017, la Corte Constitucional determinó que podía ampararse el derecho a la estabilidad laboral reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la Oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

No obstante, a juicio de esta Sala se considera más razonable el criterio de la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que es el que se acogerá para emitir la presente decisión, pues es claro que los destinatarios de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, son aquellos trabajadores que tengan una condición de discapacidad en grado *«moderado»*, *«severo»* o *«profundo»*, en los términos del artículo 7.° del Decreto 2463 de 2001, independientemente de su origen y sin exigencias adicionales, por lo que para su activación, únicamente basta al menos el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que es cuando puede decirse que la persona tiene una *discapacidad* objeto de protección (CSJ SL, 27 en. 2010,

rad. 37514, CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL5181-2019 y CSJ SL2841-2020).

Con todo, si en gracia de discusión se admitiera que la parte actora, se encontraba en situación de discapacidad, esa sola circunstancia no activa la protección legal, puesto que como se dejó sentado por el máximo órgano ordinario en la especialidad laboral en la providencia SL1360-2018, es indispensable probar el conocimiento del empleador sobre la situación de discapacidad, para que se presuma el despido discriminatorio, salvo que el empleador demandado acredite en juicio una causal objetiva de terminación.

Así, descendiendo al caso objeto de estudio, a juicio de esta sala, pese a que el actor logró demostrar que se encontrara en una situación delicada de salud, pues, padece varias patologías en su columna que, conforme el Dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, tuvieron un origen laboral, e impiden su desenvolvimiento en el trabajo y en sus acciones cotidianas; tal situación se acreditó con posterioridad al momento en que ocurrió su despido el día 17 de febrero de 2015, aunado a que, el mismo no da cuenta de la existencia de un grado de discapacidad que impidiera que el actor realizara sus funciones, máxime si se tiene en cuenta que no le fueron emitidas incapacidades durante la vigencia de la relación laboral, razones las anteriores por las cuales, la terminación unilateral del contrato no puede presumirse discriminatoria

Sumado a lo anterior, y en aras de estudiar el segundo requisitos señalados por la Corte Suprema de Justicia, resulta necesario señalar que, tal como lo advirtió el Juzgador de Primera Instancia, dentro del plenario no obra prueba que acredite que antes de la terminación del contrato de trabajo, el empleador conocía su estado de salud, pues, las historias clínicas por si solas no permiten establecer tal comunicación, sumado a que, el demandante no logró

probar que en efecto, le comunicó verbalmente a su jefe directo que venía presentado complicaciones en su salud, ya que ninguna de las personas que rindió interrogatorio o testimonio respaldan esta versión, pues, no estuvieron presentes en tal momento.

En este orden, no le queda a esta sala otro camino que **confirmar** la decisión de primera instancia, como quiera que no se demostró que el actor, al momento de la terminación de su contrato de trabajo (17 de febrero de 2015), tuviese una pérdida de capacidad laboral al menos de un grado de 15%, y que esta hubiese sido debidamente conocida por el empleador, como para invocar la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, razón por la cual, se abstendrá de estudiar la procedencia de las condenas solicitadas, así como de la indemnización de que trata el Inciso 2.° del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, la misma dependía de la declaración de un despido discriminatorio.

DE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 216 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

La jurisprudencia laboral ha establecido que para que se cause la indemnización plena y ordinaria de perjuicios ocasionados por un accidente de trabajo y/o enfermedad laboral, contenida en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, la culpa del empleador en la ocurrencia de aquellos, debe encontrarse suficientemente comprobada, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño, la prueba de que la afectación a la integridad o a la salud del trabajador fue como consecuencia de la negligencia o culpa de este último –el empleador-, en el cumplimiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores, en los términos del artículo 56 *ibídem* (CSJ SL4665-2018, SL633-2020).

Por regla general, es al trabajador a quien le corresponde la carga de la prueba de demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo o la causación de una enfermedad laboral, y por excepción, con arreglo a los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil, cuando se alega el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud e integridad de sus trabajadores (CSJ SL, 10 mar. 2005 rad. 23656, SL, 10 mar. 2005 rad. 23489, SL, 10 may. 2006 rad. 26126, SL7056-2016, SL2168 y SL4019-2019, entre otras).

No obstante, ello no significa que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado, seguridad y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque al no ser una responsabilidad objetiva como la que rige en materia de riesgos laborales, para que opere la mencionada inversión de la carga de la prueba, deben estar acreditadas inicialmente las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente o se originó la enfermedad de origen laboral, y que la causa eficiente del infortunio fue la previsión por parte de la persona encargada de prevenirlo (CSJ SL7513-2016, SL2206-2019).

En el presente caso, una vez examinadas las pruebas del proceso, a pesar de que no fue discutido que el demandante se vinculó con Saxon Services de Panamá - Sucursal Colombia, mediante 3 contratos por obra o labor determinada, de manera interrumpida desde el 3 de marzo de 2011 hasta el 17 de febrero de 2015 (f.° 26, 49, 69, 203), que el 15 de abril de 2013 en el examen de ingreso fue calificado como apto para trabajar sin restricciones (f.° 22-25), y que padece unas dolencias que fueron calificadas como de origen profesional posterior a la terminación de su contrato de trabajo.

Sin embargo, no quedó establecida la culpa suficientemente comprobada del empleador en las enfermedades profesionales que padece el demandante, razón por la cual, no puede endilgarse responsabilidad alguna a la demandada, pues, tal como se ha venido advirtiendo, lo primero que es menester señalar, es que, tal como lo señaló la demandada su contestación, en el dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no sólo no se determina un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino que además, el estudio realizado por la Junta que determinó el padecimiento de una enfermedad de origen profesional por parte del actor, tuvo en cuenta un histórico laboral de 14 años, en los que, Saxon Services no fue su único empleador.

Aunado a lo anterior, es menester acotar, que el mismo demandante en su interrogatorio de parte señaló, que la empresa aquí demandada le brindó los elementos de protección y seguridad necesarios para la realización de su trabajo, tales como guantes, uniformes, botas y casco; que a lo largo de su relación laboral recibió 1 o 2 capacitaciones de recursos humanos orientadas a temas de seguridad en el trabajo, así como varias capacitaciones respecto de las funciones que desarrollaba en la empresa como mecánico.

Lo anterior, se corrobora con el dicho de testigos como el Señor Castellar Cáceres Trujillo, mecánico ex-trabajador de la demandada y papá del demandante; y Víctor Manuel Lozada, "aceitero" ex-trabajador de la demandada; quienes uniformemente señalaron que en efecto, la empresa demandada siempre le entregó elementos de protección y seguridad al aquí demandante y a todos sus trabajadores, entre ellos, cascos, botas, y guantes; que 5 minutos antes de iniciar operaciones se realizaban charlas pre operacionales, donde, además de ubicarlos en la realización de sus funciones, les recordaba la importancia de la utilización de los mismos y de los riesgos a que se sometían en la realización de las mismas.

Así las cosas, valoradas en conjunto las pruebas reseñadas al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye contrario a lo sostenido por la parte demandante, que no quedó acreditada la culpa suficientemente comprobada del empleador en la enfermedad profesional que padece el demandante, al verificarse que Saxon Services de Panamá Sucursal Colombia, no fue negligente, ni omitió los deberes de protección, cuidado y seguridad señalados de manera general en el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, y por tanto, no hay lugar a imponer condena alguna por la indemnización de perjuicios deprecada; en consecuencia, conforme con lo dicho, se **confirmará** la sentencia apelada.

Sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 el 24 de mayo de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSE MANUEL PEÑA PIRAQUIVE y JESUS ANTONIO PRIETO ROMERO** contra **GRUPO DE ENERGIA DE BOGOTA.**

EXP. 11001 31 05 **019 2019 00556 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 19 de julio de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendieron los demandantes, que se condenara a la demandada, a reliquidar la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, y en consecuencia, se ordenara el reconocimiento y pago de las diferencias a que haya lugar, intereses moratorios, indexación de la primera mesada pensional, costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, se manifestó que el señor Jose Manuel Peña Piraquive, laboró para la enjuiciada desde el 3 de abril de 1972 hasta el 5 de mayo de 1997, que le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación a través de la resolución número 01695 del 16 de junio de 1997, en cuantía del 100% ($967.428 pesos) de lo devengado en su último año de servicios, esto es, 6 de mayo de 1996 al 5 de mayo de 1997, lo que era errado, pues según su relato el valor de la mesada pensional ascendía a la suma de $1.472.288 pesos.

En igual sentido, el demandante Jesús Antonio Prieto Romero, relató que laboró para la demandada entre el 17 de junio de 1974 al 10 de diciembre de 1995, a quien le fue reconocida pensión de jubilación a través de la resolución número 000690 del 13 de marzo de 1996, en cuantía del 88% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios, esto es, del 11 de diciembre de 1994 al 10 de diciembre de 1995 en cuantía de $518.415 pesos, pero que no se le tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, ya que según su relato la cuantía de la pensión asciende a la suma de $755.257 pesos.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.° de noviembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (fl 288).

La demandada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó que los demandantes prestaron los servicios en la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, que a ambos se le reconoció una pensión vitalicia de Jubilación; que la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación de las cuales son beneficiarios los demandantes fue efectuada de acuerdo a las normas legales y convencionales establecidas teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios; que negó el derecho de petición la cual solicitaba reliquidación porque la misma se encontraba ajustada a derecho. Propuso las excepciones de mérito inexistencia de la obligación, prescripción, pago y buena fe (fl. 321-340).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 19 de julio de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas, condenó en costas a los demandantes y concedió el grado jurisdiccional de consulta.

Fundamentó la decisión, al manifestar básicamente que el valor reconocido como mesada inicial a los demandantes era superior al que realmente le correspondía, en concordancia con lo devengado el último año de servicios de acuerdo con las nóminas aportadas, por lo que no había lugar a ordenar reliquidación alguna.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará como

problema jurídico, establecer si en el presente caso, hay o no lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación conforme a lo solicitado por los demandantes.

En tratándose del problema jurídico planteado, observa la sala que el señor Jose Peña Piraquive, conforme a las nóminas aportadas al expediente (fl. 96-142), durante el último año de servicios devengó los siguientes rubros:

Concepto	**Valor**
Hora Ordinaria Diurna	$1.437.015 pesos
Hora Ordinaria Dominical y Feriado	$779.340 pesos
Hora Ordinaria Nocturna con recargo	$1.946.629 pesos
Hora ordinaria nocturna, domingo y feriado	$933.918 pesos
Descansos sábados, domingos y feriados	$1.012.805 pesos
Horas extras	$898.206 pesos
auxilio de transporte	$285.510 pesos
subsidio de alimentación	$481.456 pesos
prima de navidad	$831.720 pesos
Prima de junio	$832.892 pesos
Quinquenio	$1.079.449 pesos
prima de vacaciones	$547.896 pesos
Total	$11.066.836 pesos
Total Promedio de los devengado	**922.236.33 pesos**

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la sala que no le asiste derecho a Jose Peña Piraquive, a que se ordene el reconocimiento y pago de sumas de dinero por concepto de reliquidación de la pensión de jubilación, en vista que al aplicar el 100% del total del promedio devengado durante el último año de servicios, la suma que le reconoció la enjuiciada a través de la Resolución n.°01695 del 16 de junio de 1997, esto es, $967.428 pesos, fue muy superior de acuerdo con lo demostrado con las nóminas aportadas como pruebas dentro del expediente.

Ahora bien, en relación con el señor Jesús Antonio Prieto Romero, se advierte que se le reconoció una pensión convencional en porcentaje del 88% de lo devengado en el último año de servicios, por

haber laborado un total de 21 años 5 meses y 24 días, mesada pensional que ascendió a la suma de $518.415 pesos (fl. 155-157). Por lo anterior, de acuerdo con las nóminas aportadas al expediente, se observa que durante el último año de servicios el pensionado, devengó los siguientes rubros:

Concepto	**Valor**
Hora Ordinaria Diurna	$2.097.634 pesos.
Hora Ordinaria Dominical y Feriado	$562.154 pesos.
Hora extra diurna	$451.153 pesos
Hora extra nocturna	$166.513 pesos
Hora extra diurna dominical	$11.063 pesos
Descanso dominical y feriado	$524.725 pesos
Descanso sábado	$202.427 pesos
Subsidio de alimentación	$325.571 pesos
Auxilio de transporte	$208.444 pesos
Prima de navidad	$469.467 pesos
Prima de junio	$574.957 pesos
Prima de vacaciones	$915.964 pesos
Quinquenio	$402.130 pesos
Total	$7.057.067 pesos
Total Promedio de los devengado	**588.088,92 pesos**

Teniendo en cuenta lo precedido, y al aplicarle un 88% sobre el total del promedio devengado durante el último año de servicios, se estableció una mesada pensional inicial de $517.518,25 pesos, mientras que la reconocida por la demandada a través de la resolución n.° 000690 del 13 de marzo de 1996, fue de 518.415 pesos, valor que resulta superior al calculado de acuerdo con las nóminas aportadas, razón por la cual no hay lugar a reconocer diferencia alguna.

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a conceder lo pretendido por los demandantes. Por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas. Sin costas en grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 el 19 de julio de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LESLY ANDREA GARCÍA RODRÍGUEZ** contra **LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO REFERENCIA Y SERVICIOS DE SALUD.**

EXP. 11001 31 05 **020 2019 00689 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la existencia de una relación laboral a término indefinida con la demandada desde el 1.° de junio de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2017, la cual terminó en razón a su situación de discapacidad, y como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de horas extras y recargos, la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, condenas extra y ultra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que suscribió el un convenio de asociación de trabajo el 1.° de junio de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2017, en el cargo de auditor de cuentas médicas, bajo un salario de $1.550.000 y horario de 8am a 6pm de lunes a viernes; que no le realizaron el examen médico de retiro al momento del despido, sino tres meses después; que debido a las dolencias que padecía en el hombro, le fue diagnosticada hipertrofia sinovial y tendinoso no especificado, en igual sentido, relató que convocó a conciliación a la demandada pero no hubo acuerdo, y con ocasión a ello, interpuso una acción de tutela que fue declarada improcedente, fallo que fue impugnado y confirmado en segunda instancia; seguidamente, refirió que le adeudan 443 horas extras laboradas y que estuvo subordinada por la demandada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 05 de diciembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 73).

La demandada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Reconoció la prestación de los servicios del demandante

pero aclarando que se hizo como trabajador asociado, y que nunca se acordó contrato laboral alguno; que el demandante debía hacer su aporte en trabajo; que la demandante fue desvinculada en forma unilateral y con justa causa, derivada de sanción disciplinaria de conformidad con el régimen de trabajo asociado; que no le fue informado los quebrantamientos de salud que indica la demandante y que no le adeuda suma alguna. Propuso las excepciones de mérito inexistencia de la obligación respecto del pago de lo solicitado en las pretensiones, cobro de lo no debido, improcedencia del pago de horas extras y prescripción (fl. 114-131)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 11 de mayo de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al actor.

Señaló el *a quo,* que si bien se demostró una prestación personal del servicio, la misma fue bajo la figura de convenio de trabajo asociado, por lo que no había lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo. En torno a la estabilidad laboral reforzada, indicó que no se evidenciaba una pérdida de capacidad laboral superior a la limitación moderada sobre la actora y el conocimiento del empleador sobre la discapacidad, razón por la cual no era procedente la protección y con respecto, a las horas extras y recargos, indicó que no había prueba de su existencia, por tanto al juez del trabajo no le es dable hacer suposiciones o calculo aproximados sobre el numero probable de horas que se reclama.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará en el

grado jurisdiccional de consulta, como problema jurídico, si en el presente caso, se encuentran acreditados o no los elementos del contrato de trabajo, en tal caso, sus extremos temporales; y si hay o no lugar al pago de las acreencias laborales e indemnizaciones deprecadas.

Son elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio.

Así mismo, estableció el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien lo alega, la acreditación de la prestación del servicio personal y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

Advierte esta Sala de decisión, que si bien no hay discusión de la prestación personal de la parte demandante a favor de la cooperativa demandada desde el 1.° de junio de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2017, lo que en principio activa la presunción de una relación laboral contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cierto es, que dicha presunción ha sido desvirtuada con las pruebas obrantes en el proceso.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte actora presentó solicitud de afiliación como trabajador asociado el día 1.° de junio de 2012 (fl.132), asimismo varias órdenes de trabajo para personal de la

cooperativa entre el 1.° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2014 (fl. 133-149), convenio de asociación y trabajo con la demandante desde el 1.° de abril de 2015 al 31 de marzo de 2016 (fl. 30-35 y 151-156), 1.° de abril de 2016 al 31 de diciembre de 2016 (fl.157-163), 1.° de enero al 31 de diciembre de 2017 (fl.35-39 y 165-170), régimen de trabajo asociado (fl.221-280), liquidación de convenio de trabajo asociado (fl.281-283), documentales estas que más que demostrar ratificar una relación laboral, lo que realmente demuestran es que se trató de vínculos asociativos de trabajo en que la demandante tenía la calidad de trabajadora asociada de la cooperativa de la demandada, aunado a que la única testigo que se trajo al proceso, esto es, Gloria Ibeth Orozco Gordillo, declaró que la prestación personal del servicio que ejecutó la demandante en favor de la cooperativa, fue en calidad de trabajadora asociada; circunstancias estas que hacen imposible declarar la existencia de un contrato de trabajo.

Ahora bien, ante la inexistencia de un contrato de trabajo, deviene en improcedente el estudio de las horas extras pretendidas, al ser un emolumento propio de un vínculo laboral, sin embargo, y aun en caso de que se hallare probado la existencia de un contrato de trabajo, no habría lugar a proferir condena por concepto de horas extras o a la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por cuanto, dentro del expediente no se evidencia prueba alguna de la ejecución de las horas que pretende la actora que le sean reconocidas, así como tampoco se observa, prueba del conocimiento de la cooperativa sobre las patologías que describe en la demanda, presupuestos indiscutiblemente necesarios para la prosperidad de las pretensiones.

En consecuencia, toda vez que no se cuenta en el proceso con ninguna otra prueba que permita establecer de manera fehaciente la prestación personal, subordinada y continua del servicio del actor en favor de la demandada, menos aún que ésta haya fungido como su

empleadora durante el lapso aducido, no había lugar a acceder a lo pretendido y se confirmará la sentencia consultada.

Costas. Sin costas en grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

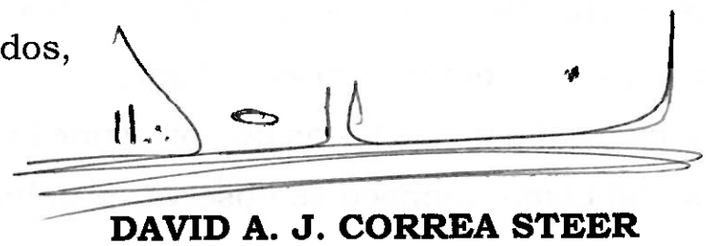
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 11 de mayo de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **OSCAR ANDRÉS VILLEGAS RODRÍGUEZ** contra **AGUSTÍN ROGER RAFAEL TORRES MCCAUSELAND, AGUSTÍN TORRES Y CIA LTDA, TORRES DE LA PAVA Y CIA S. EN C. - EN LIQUIDACIÓN y GLORIA INÉS DE LA PAVA TORRES**

EXP. 11001 31 05 **028 2019 00246 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la existencia de un contrato de trabajo, entre él y los demandados, desde el 18 de enero de 2008 al 26 de febrero de 2019, sin solución de continuidad; que dicha relación laboral terminó sin justa causa imputable al empleador; que su salario fue retenido de forma ilegal, y que los demandados son responsables solidariamente de las obligaciones y acreencias laborales derivadas de la relación laboral.

En consecuencia, que se condenara a los demandados al pago del respectivo reajuste salarial, de las prestaciones sociales y acreencias laborales generadas en la relación laboral; de la indemnización por despido sin justa causa; de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, y a la caja de compensación, así como de los aportes parafiscales.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el día 18 de enero de 2008, celebró un contrato de trabajo a término indefinido con los demandados; que dicha relación laboral finalizó el 26 de febrero de 2019, sin justa causa imputable al empleador; que el último salario que devengó fue de $3.000.000; que el cargo que desempeñó fue el de operario instalador; que tenía un horario de 8:00 a.m. a 5:30 p.m., que debía cumplir de lunes a viernes, y que siempre trabajó como mínimo una hora extra durante todo el tiempo en el que prestó sus servicios.

Sostuvo, que el señor Agustín Roger Rafael Torres McCauseland, le indicó que la razón para no continuar con la relación laboral se debió a la renuencia de él, de suscribir un contrato por prestación de

servicios; que durante la relación laboral le fue retenido su salario de forma ilegal; que no se efectuaron las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, y que no le fueron pagadas las prestaciones sociales y acreencias laborales a las que tenía derecho (f.° 2 - 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de mayo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a los demandados (f.° 48).

AGUSTÍN ROGER RAFAEL TORRES MCCAUSELAND, AGUSTÍN TORRES Y CIA LTDA, TORRES DE LA PAVA Y CIA S. EN C. - EN LIQUIDACIÓN y GLORIA INÉS DE LA PAVA TORRES, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Manifestaron, que jamás existió una relación laboral entre ellos y el demandante, pues este, era un ayudante del señor Elvis Rodríguez, que fue un subcontratista de la sociedad Agustín Torres y CIA LTDA.

Propusieron las excepciones de cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva (f.° 69 - 74).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 4 de junio de 2021, absolvió a las sociedades Agustín Torres y CIA LTDA, Torres de la Pava y CIA S en C - en liquidación, y a las personas naturales Agustín Roger Rafael Torres McCauseland y Gloria Inés De La Pava Torres, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, y declaró probadas las excepciones denominadas "cobro de lo no debido" y "falta de legitimación en la

causa por pasiva", propuestas por el extremo pasivo.

Consideró, que los problemas jurídicos a resolver consistían en verificar si entre las partes existió un contrato de trabajo, para luego determinar sus extremos temporales y el salario devengado por el actor, la procedencia del reconocimiento de las prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnizaciones deprecadas por él, así como si había solidaridad entre los demandados ante una eventual condena.

En lo que interesa a la alzada, esgrimió que con las pruebas documentales y testimoniales arrimadas al proceso, logró acreditarse que la prestación personal del servicio del actor, no fue propiamente para las empresas demandadas sino en beneficio de los proyectos para los cuales era contratado el demandante por el señor Elvis Rodríguez, quien fungió como contratista de la compañía, sin que de ello pudiese predicarse la existencia de una relación laboral entre la empresa beneficiada de la obra y el personal a cargo del contratista.

Por tal motivo, concluyó que no se activó a favor del demandante la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sumado a ello, dijo que el actor no desplegó actividad probatoria alguna tendiente a demostrar que desempeñó en favor de los demandados las funciones señaladas en la demanda, en el horario indicado por él, así como que tampoco demostró la existencia de subordinación, pues no se logró establecer que alguna de las personas que componen el extremo pasivo fueran quienes le impartieran las órdenes a cumplir.

Al resolver respecto de la tacha formulada por la parte

demandada, del testigo Elvis Rodríguez, indicó que la misma estaba llamada en prosperar, tras considerar que el señor Rodríguez tenía un interés directo en las resultas del proceso, teniendo en cuenta que el extremo pasivo, al dar contestación a la demanda, señaló que el actor era un ayudante de Elvis Rodríguez, subcontratista de la sociedad Agustín Torres y CIA LTDA.

Sobre la tacha formulada por la parte actora a la testigo Sandra Isabel Gamboa Maribel, estimó que la misma no prosperaba, tras considerar que la existencia de relaciones de jerarquía entre los empleados de la empresa y su empleador, no implica que los hechos que ella pudiese relatar no sean ciertos como para restarles valor legal.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por la *a quo.*

Arguyó, que fue desafortunada la exclusión del testimonio del señor Elvis Rodríguez, pues era la prueba determinante para acreditar el vínculo contractual que ató a las partes, exclusión que a su juicio resultó severa, pues de haberse tenido en cuenta esta deposición otro hubiese sido el resultado del proceso. Dijo, que el hecho de que la testigo de la parte demandada laborara para ella si viciaba su deposición, contrario a lo concluido por la *a quo.*

Manifestó además, que no se tuvo en cuenta el interrogatorio de parte absuelto por los representantes legales de las sociedades demandadas, pues el señor Agustín Torres incurrió en tergiversaciones y aceptó hechos referentes al vínculo laboral que había con el actor, como lo fue el horario y los pagos que las demandadas realizaron directamente al trabajador.

Afirmó, que no se dimensionó el hecho de que la parte demandada hubiese afiliado al actor al Sistema de Seguridad Social, y aunque el extremo pasivo manifestó que solo efectuó los pagos en ciertas ocasiones, lo cierto era que, en casi todo el vínculo contractual, las afiliaciones estuvieron a cargo de las empresas demandadas. Por otra parte, señaló que el actor si logró acreditar la prestación personal del servicio en favor de las demandadas, y que ello no fue cuestionado ni desacreditado por estas.

Indicó, que como se aceptó la existencia de un vínculo entre el señor Elvis Rodríguez y las demandadas, y el señor Rodríguez y el actor, debió haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de la solidaridad existente entre las demandadas y el señor Rodríguez, sobre las acreencias laborales del actor.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar, ***i)*** si la tacha alegada por la parte demandada sobre el testimonio del señor Elvis Ernesto Rodríguez Prada fue fundada, a lo igual que la tacha propuesta sobre el testimonio de la señora Sandra Gamboa por la parte actora; ***ii)*** y si con los medios probatorios allegados al proceso se demostraron o no, los elementos constitutivos del contrato de

trabajo, para determinar si existió una relación laboral entre las partes.

Previo a entrar en materia, debe indicar la Sala que respecto de lo deprecado por la pate actora en su recurso de apelación, esto es, que se efectúe un pronunciamiento sobre la solidaridad existente entre el señor Elvis Rodríguez y los demandados frente al pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales deprecadas por el actor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no se efectuará pronunciamiento alguno, en tanto que dicha cuestión no fue objeto de debate en el presente proceso, ni hizo parte de la fijación del litigio, sin que la parte demandante haya manifestado inconformidad alguna al respecto en la debida oportunidad procesal para ello.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la parte actora se refirió a la aludida cuestión, únicamente en su recurso de apelación, y no en su escrito de demanda, y que al juez de primera instancia, *«le corresponde emitir una sentencia acorde con los hechos y pretensiones del escrito inaugural, las excepciones propuestas o aquellas que estén probadas según el caso y los hechos que precisó el juez al momento de la fijación del litigio. De modo que, esa regla procesal en salvaguarda del debido proceso y el derecho de defensa proscribe que el juez en su decisión varíe la causa petendi con la introducción de hechos nuevos o modifique el petitum de la demanda o los medios exceptivos propuestos por la contraparte, salvo cuando la ley habilite su actuación oficiosa»* (SL-3144-2021).

Se aclara que lo que pretendió el actor en el escrito de demanda, fue que se declarara que los señores Agustín Roger Rafael Torres Mcauseland, Gloria Inés de la Pava, y las Sociedades Agustín Torres y Cía LTDA, y Torres de la Pava y Cía en S. en C. - en liquidación - , son solidariamente responsables de las obligaciones y acreencias laborales derivadas de la presunta relación laboral generada entre las

partes, más no solicitó que se declarara solidaridad entre el extremo pasivo y el señor Elvis Rodríguez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (f.° 3 - 4).

DE LA TACHA DE TESTIGOS.

El artículo 211 del Código General del Proceso, dispone que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentran en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad debido a parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados.

De acuerdo con dicha disposición normativa, la parte actora tachó el testimonio de la señora Sandra Gamboa, tras alegar que el hecho de que esta laborara para el extremo pasivo viciaba su deposición.

Al respecto, debe decir esta Sala que nuestro máximo órgano de cierre ha resaltado la importancia de la declaración de los compañeros de trabajo o empleados de la empresa demandada, más aún, cuando el objeto de lo debatido tiene que ver con el escenario laboral, como ocurre en el presente caso. Así, en sentencia CSJ, rad. 22842 de 30 de septiembre de 2004, reiterada en sentencia SL - 3160, estimó lo siguiente:

> *"Empero, las reglas de la sana crítica no obligan a negarle credibilidad a un testigo por la sola circunstancia del interés que pueda en él existir, ya que difícilmente habrá un proceso laboral en el cual quienes declaran no tengan alguna relación o bien con el patrono, por ser empleados directivos o representantes del mismo frente a los demás trabajadores, o bien con el trabajador, por ser sus compañeros de labor o por la circunstancia de pertenecer al mismo sindicato. En un proceso laboral lo usual es que quienes rinden testimonio son las personas que conviven en la empresa y que entre sí tienen tratos de diferente índole, unos jerárquicos, otros de amistad, o al menos de compañerismo, e incluso relaciones inamistosas, por ser también*

natural que la convivencia pueda generar discordias o desavenencias, e incluso 'celos profesionales'.

Por todos estos especiales motivos la labor del juez laboral en ejercicio de las amplias facultades que le confiere el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo debe ser especialmente cuidadosa, y debe por ello el juzgador extremar su prudencia y su buen juicio para no caer en el facilismo de negar credibilidad a un testigo por circunstancias que en procesos de naturaleza diferente serían motivo fundado para admitir una tacha o poner en serias dudas la franqueza y veracidad de lo declarado por el deponente" (Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral del 4 de octubre de 1995. Radicado 7202). (...)»

De acuerdo con dicho derrotero jurisprudencial, considera esta Sala que el testimonio de la señora Sandra Gamboa, además de ser espontáneo, fue coherente, objetivo, y pertinente, por las razones que se explicarán mas adelante. De manera que, hizo bien la *a quo*, al no desestimar la aludida declaración, para efectos de determinar la existencia de una relación laboral entre las partes.

Sobre la tacha propuesta sobre el testigo Elvis Ernesto Rodríguez Prada, debe decir esta Sala de decisión, que hizo bien la *a quo* al tenerla como fundada, en cuanto es claro que el señor Rodríguez tiene un interés directo en las resultas del proceso, máxime cuando la parte demandada alegó en la contestación que este fungía como su subcontratista y que el actor era su ayudante, y el apelante en su recurso, solicitó que se estudiara la solidaridad existente entre el referido testigo y las demandadas sobre las obligaciones laborales del actor, conforme con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sumado a ello, en sentencia SL - 3721 de 2019, la Corte explicó que la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, pues cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, le corresponde al fallador hacer un análisis más celoso de su manifestación, y corroborar si la misma

encuentra corroboración en otros elementos persuasivos, supuesto que no ocurre en el caso de marras, teniendo en cuenta que la parte demandante desistió de los otros dos testimonios decretados en su favor, y únicamente aportó como prueba documental la historia laboral del actor (f.° 6 - 9); reclamación formal elevada al extremo pasivo sobre el pago de acreencias laborales (f.° 10 - 11); contrato de prestación de servicios que no aparece firmado por ninguna de las partes (f.° 14 - 15); declaración extra juicio rendida por el mismo testigo Elvis Ernesto Rodríguez Prada (f.° 16); una simulación de la liquidación de las prestaciones sociales (f.° 17), y sendos comprobantes de egreso (f.° 17 - 41).

Una vez resuelto lo referente a la tacha de los testigos Sandra Gamboa y Elvis Ernesto Rodríguez Prada, procede a estudiarse si con el testimonio de Sandra Gamboa, y demás elementos probatorios obrantes en el expediente, se demostró la existencia de una relación laboral entre las partes.

DE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LAS PARTES

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando

la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Dentro del plenario, obran 24 comprobantes de egreso en nombre del actor, generados por la demandada Agustín Torres & CIA LTDA, por el concepto de "TRABAJOS OBRAS VARIAS". Los mismos, fueron generados entre el 31 de agosto de 2018 y el 15 de febrero de 2019 (f.° 17 - 41).

Igualmente, se tiene que el señor Agustín Roger Rafael Torres McCauseland, representante legal de la referida sociedad, admitió en su interrogatorio de parte que el actor se vinculó a la empresa el día 18 de enero de 2008, para desempeñar las labores de operario instalador. Ello, fue corroborado por la testigo Sandra Gamboa, quien también aclaró que el actor laboraba como ayudante del señor Elvis Ernesto Rodríguez Prada, quien se desempeñaba como contratista de la sociedad demandada.

Considera esta Sala, que con las anteriores probanzas, logró determinarse que las labores de operario instalador, eran desarrolladas de forma personal por el actor en favor de la demandada Agustín Torres & CIA LTDA, pero por conducto del señor Elvis Ernesto Rodríguez Prada, contratista de la empresa.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si logró desvirtuar la existencia de los elementos de subordinación y un salario como retribución del servicio.

Resulta necesario indicar que la subordinación, fue definida en la reciente sentencia SL - 3126 de 2021, como un *«poder de sujeción jurídica y material entre dos personas y que en el ámbito de una relación laboral se concreta en la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente».*

A juicio de esta Sala, con el testimonio de la señora Sandra Gamboa, logró demostrarse que quien daba las órdenes o instrucciones al actor, en su labor de operario instalador, era el señor Elvis Ernesto Rodríguez Prada, pues la testigo indicó que el demandante era ayudante del señor Rodríguez, y que los contratistas, calidad que tenía el señor Elvis, se encargaban de traer a sus propios ayudantes para el desempeño de labores varias.

Ahora bien, alega el recurrente que con la afiliación del actor al sistema de seguridad social en pensiones, por parte de la empresa demandada, se demuestra la existencia de la relación laboral.

Sobre este punto, debe recordarse que la Corte ha estimado que la sola inscripción al sistema de seguridad social en pensiones no implica per se la celebración de un contrato de trabajo, máxime cuando se carece de otros elementos probatorios que así lo demuestren, como ocurre en el presente caso (CSJ SL, 16 octubre 2012, radicación 40966; SL, 10 mar. 2005, rad. 24313; SL, 5 feb. 2009, rad. 35066; SL, 16 octubre 2012, rad. 40966; SL - 16528 de 2016, y SL - 676 de 2021).

Al analizar el reporte de semanas cotizadas del actor (f.° 6 - 7), se observa que en los periodos de la relación laboral que reclama, esto

es, desde el 18 de enero de 2008 al 26 de febrero de 2019, cotizó para COMPANY EXPRES S.A.S., entre febrero de 2015 y febrero de 2016, y que en la casilla "RA", la cual indica si existe un registro de afiliación o relación laboral se consignó "SI". También, se observa que el actor realizó varias cotizaciones a su nombre, con la observación de *"Pago como trabajador independiente"*, desde octubre de 2010 hasta agosto de 2011, y desde marzo de 2012 a julio de 2013, y cotizaciones a OUTSORCING APOYO HUMANO LTDA, en diciembre de 2011.

Sobre las cotizaciones efectuadas a nombre de Agustín Torres y Compañía LTDA, se tiene que las mismas fueron realizadas de forma interrumpida y con la siguiente observación "TRABAJADOR INDEPENTIENDE - PAGO CON PLANILLA TIPO Y", así como que en la casilla "RA", se indicó que no existía una relación laboral. Ello, permite inferir que la demandada jamás realizó cotizaciones en calidad de empleador, conclusión esta a la que también arribó la *a quo*.

Por lo anterior, considera esta sala, que no existen elementos de prueba suficientes para determinar la existencia de una relación laboral en los periodos que reclama el actor.

No está demás recordar, que la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no exonera al trabajador que persigue su aplicación, además de demostrar la actividad personal del servicio, de otras cargas probatorias como acreditar «*(...)los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros*» (SL-2780 de 2018), lo cual no aconteció en el presente caso teniendo en cuenta que la parte demandante desistió de los otros dos testigos decretados en su favor,

y con las pruebas documentales no se acreditan tampoco los supuestos aludidos.

Así las cosas, con base en el material probatorio analizado de manera conjunta al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, considera esta Sala que no hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el lapso comprendido desde el 18 de enero de 2008 hasta el 26 de febrero de 2019, al no acreditarse que haya existido subordinación jurídica del actor respecto de la demandada, pues lo que verdaderamente se demostró, fue que el actor prestó sus servicios en favor de un contratista independiente, figura esta que se encuentra regulada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anteriormente expuesto, lleva a esta Sala a arribar a la misma conclusión de la *a quo*, esto es, que si el actor pretende el pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales que reclama en esta demanda, debe perseguir su pago ante quien fungió como su empleador, y si es el caso reclamar la solidaridad ante las empresas que se beneficiaron con su labor.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

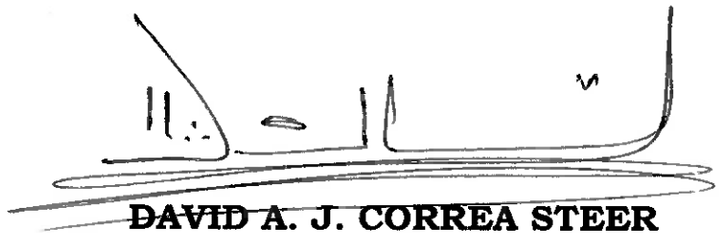
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de junio de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

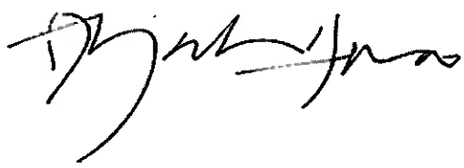
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GUSTAVO LEÓN CORTES** contra **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.**

EXP. 11001 31 05 **032 2020 00101 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 26 de mayo de 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 2 de mayo de 1977 hasta el 5 de marzo de 1983, y en consecuencia, al pago de los aportes al sistema general de pensiones durante ese periodo, así como costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 2 de mayo de 1977 que tuvo vigencia hasta el 5 de marzo de 1983, y que durante ese tiempo, la demandada no le efectuó aportes al sistema general de pensiones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de julio de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 28).

La demandada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor, reconoció la prestación de los servicios del demandante pero aclarando que durante ese tiempo el demandante laboró en municipios del departamento de Cundinamarca, en los cuales no había cobertura del ISS, por lo que no podía efectuar la afiliación y cotizaciones. Propuso las excepciones de mérito inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, pago, compensación y genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 26 de mayo de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el

2 de mayo de 1977 y el 1.° de noviembre de 1977, y otro a término indefinido, entre el 2 de noviembre de 1977 y el 5 de marzo de 1983, y en consecuencia, condenó a la demandada a pagar el cálculo actuarial por los tiempos laborados por el demandante y a las costas del proceso.

Señaló el *a quo,* que conforme a las documentales aportadas, se acreditó que el demandante laboró para la demandada, bajo dos contratos de trabajo, esto es, a término fijo desde el 2 de mayo de 1977 al 1.° de noviembre de 1977, y desde el 2 de noviembre de 1977 hasta el 5 de marzo de 1983, por lo que había lugar al pago de los aportes al sistema general de pensiones, puesto que si bien no hubo omisión del empleador, de acuerdo con la nueva postura del máximo órgano de la justicia ordinaria laboral, debe proceder con el cálculo actuarial respectivo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte DEMANDADA, interpuso recurso de apelación, sustentando el mismo, en que no se le pueden imponer obligaciones de manera retroactiva al empleador en lo que atañe al cálculo actuarial a pensión, por la falta de cobertura del ISS, y en igual sentido, solicita que en el evento de prosperar el cálculo actuarial, se ordene al trabajador cubrir el 25% del capital para financiar su pensión de vejez.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir

más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá un problema jurídico a verificar, si es viable o no, ordenar el pago de cálculo actuarial pensional; así como también, si se ordena o no, al trabajador a cubrir el 25% del capital en el respectivo cálculo actuarial, para financiar su pensión de vejez.

Frente a la obligación o no por parte de los empleadores de realizar aportes al sistema general de pensiones sobre periodos en los que no había cobertura del I.S.S., la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha reiterado su postura a través de diferentes providencias, para lo cual se trae a colación la SL4843-2021, en donde reprodujo lo siguiente,

> *"...en un caso de similares contornos, en la que recordó la línea pacífica de la Corporación y a la que, cambiando lo que haya que cambiar, nos remitimos a la Sentencia CSJ SL2465-2021, en la que se explicó:*
>
> > *Al respecto, ha sido reiterada y pacífica la posición mayoritaria de la Sala en este sentido, que avala la condena impuesta por el Tribunal, tal como se ha expresado, entre otras, en las sentencias CSJ SL220-2021, CSJ SL3661-2020 y CSJ SL3995-2019, en las que, a su vez, se trae a colación la providencia CSJ SL9856-2014, en la última de ellas, en los siguientes términos:*
> >
> > *[...] en decisión mayoritaria 32922, de 22 de julio de 2009, la Corte estimó que ante iguales supuestos fácticos, era viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en lugares de la geografía nacional, que no por incumplimiento empresarial, fueran «habilitados» a través de títulos pensionales a cargo del empleador, a efectos de que el dador del servicio completara la densidad de cotizaciones exigida por la Ley.*
> >
> > *[...]*
> >
> > *No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los*

riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán

menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfanamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

[...]

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1°, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal.

De manera que, no hay duda respecto a que aún por la falta de cobertura del ISS en el territorio en donde prestó servicios el demandante a favor de la convocada a juicio, lo que efectivamente no constituye omisión o negligencia de su empleador, ello no implica que desaparezca su obligación de efectuar el pago del cálculo actuarial, por cuanto entender lo contrario, afecta indiscutiblemente los intereses del trabajador.

Conforme a lo anterior, contrario a lo expuesto por la recurrente, resultaría improcedente admitir consideraciones distintas a las expuestas por esta corporación, pues la condena prevista se encuentra cimentada en la jurisprudencia de esta Sala, que ha propendido insistentemente por reconocer la responsabilidad financiera del empleador en casos como el presente, a través del pago del cálculo actuarial, sin que haya lugar a fijar ahora un criterio distinto."

Lo precedido, para decir que aun cuando el demandante prestó sus servicios desde el 2 de mayo de 1977 al 5 de marzo de 1983, y durante ese periodo no había cobertura del ISS, lo cierto es, que el Código Sustantivo del Trabajo, contemplaba disposiciones en torno al aseguramiento de la vejez, de tal manera, que resulta desventajoso privar al trabajador de un eventual reconocimiento a la pensión de vejez y desligar al empleador de la obligación de cubrir esa contingencia, por tal motivo es viable la orden de pago de cálculo actuarial.

Por otro lado, frente al reparo del vocero judicial de la parte demandada, orientado a que debió en plano de igualdad dividir los porcentajes del cálculo actuarial entre ambas partes, se considera que la sentencia citada también reitero que "*el cálculo actuarial es la herramienta para subsanar la omisión en el deber de afiliación*", al citar lo que "*se rememoró en la CSJ SL2465-2021, al reiterar la CSJ SL673-2021, de la que se extrae que*:

El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador.

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaba a cargo de los empleadores fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente a cargo del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa por parte del trabajador. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dadiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios al empleador.

Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1. ° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020:

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que trascribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».

Lo precedido, es suficiente para despachar desfavorablemente el argumento de la parte demandada, habida cuenta que el trabajador al no causar la prestación económica por haber prestado el servicio en un periodo inferior al exigido, lo justo es, que el empleador pague el valor que corresponde proporcionalmente a los extremos temporales ejecutados. Por lo dicho anteriormente, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas. Sin costas, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

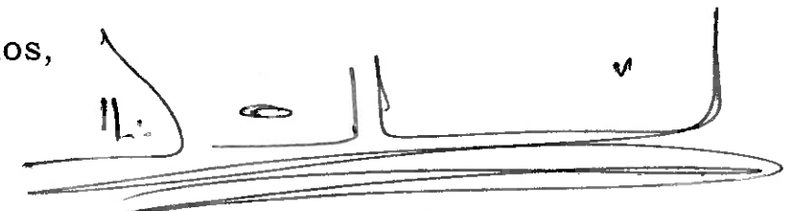
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 26 de mayo de 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **BLANCA YANITH ORTEGÓN FIGUEREDO MATEUS** contra **LILIAN ÁLZATE QUINCENO.**

EXP. 11001 31 05 **032 2020 00379 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, la declaratoria de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el 27 de mayo de 2016 al 13 de abril de 2020, y en consecuencia, el pago de aportes a seguridad social, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido injusto, indemnización por falta de pago, extra y ultra petita, y costas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar con la suscripción de un contrato de prestación de servicios para cuidar a un adulto mayor por un plazo de seis meses bajo un pago de $5.000.000 de pesos, pagaderos quincenalmente en cuantía de $450.000 de pesos, sin que pudiera ceder el servicio a un tercero, en un horario de lunes a viernes de 09:00 am a 06:00 pm y sábados de 09:00 am a 03:00 pm. En igual sentido, transcribió que se pactó un contrato por obra o labor desde el 1.° de junio al 1.° de diciembre de 2016, que se prorrogó hasta el 13 de abril de 2020, devengando un salario de $1.120.000 pesos, que fu

e despedida sin justa causa, y nunca le pagaron prestaciones sociales, aportes a seguridad sociales, vacaciones, dotaciones y calzado, aclarando que al finalizar el vínculo se le pago la suma de $1.560.000 de pesos.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de noviembre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada.

La demandada, se opuso a todas pretensiones de la demanda, En síntesis, en relación con los hechos, aceptó que existió un

contrato de prestación de servicios a partir de 1.° junio de 2016 al 1.° de diciembre de la misma anualidad; que el contrato de prestación de servicios no señaló de forma taxativa los horarios de ingreso y de salida de la contratista. De igual forma, se aclara que tampoco fue pactado de forma escrita o verbal la fijación de un horario con la demandada o con algunos de los familiares cercanos del señor JAIME ALZATE. Que la demandante gozaba de plena libertad para ejecutar las actividades a las que se comprometió en el horario que le conviniera. Propuso las excepciones de mérito inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y falta de legitimación en la causa por pasiva.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 28 de julio de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas y declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 1.° de junio de 2016 al 13 de abril de 2020, consecuencialmente, condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanciones moratorias, aportes a seguridad social en pensiones y costas del proceso.

Consideró, que la demandada no pudo desvirtuar la presunción de la subordinación con las pruebas traídas al proceso, lo cual conllevó a que concluyera la existencia del vínculo laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, manifestó su inconformidad en cuanto a que no hubo un sometimiento directo de actividades y aplicación de sanciones disciplinarias sobre la demandante, según su dicho no hubo inspección y vigilancia sobre la labor de la cuidadora, que esta podía ingresar y salir en diferentes horas que dispusiera; reparó, que las

prórrogas se dieron conforme a la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios; que no se tratan de solicitudes de permiso de ausencia de la demandante, sino que se hacía a título de información. Sobre los correos electrónicos, adujo no se podía colegir que la remitente corresponda a la enjuiciada y por último, indicó que había buena fe, ya que nunca ocultó el contrato de prestación de servicios, y pagaron todo conforme a esa modalidad.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico, determinar la existencia o no de una relación laboral entre las partes y su respectiva condena por prestaciones sociales, y costas del proceso.

Frente al problema jurídico planteado, advierte la sala que no hay discusión de la prestación del servicio a favor de la demandada y los extremos temporales, pues lo que realmente se encuentra en discusión, es si esa labor ejecutada se hizo de manera independiente.

Bien, fue un hecho aceptado por las partes, que la demandante no podía ceder total, ni parcialmente el contrato, e incluso, así aparece consagrado en la cláusula novena del acto jurídico, de tal manera, que entre las partes siempre estuvo presente la condición *intuito personae*, característica propia de la relación laboral.

Asimismo, resulta cuestionable que las partes hayan pactado inicialmente un término de duración del contrato de prestación de servicio, entre el 1.° de junio al 1.° de diciembre de 2016, y el mismo, se haya extendido hasta el 13 de abril de 2020, puesto que si bien en la cláusula de plazo se deja consignado que "*podrá prorrogarse por acuerdo entre las partes*", lo cierto es, que no existe prueba del pacto expreso entre las partes sobre cada una de las prórrogas sucesivas hasta el 13 de abril de 2020, que aduce la demandada, por lo que no le asiste razón al apoderado judicial cuando dice que las prórrogas se dieron en virtud del contrato, pues ante la falta de medios de pruebas en torno a ello, lo que se concluye es una prestación personal indefinida.

Por otro lado, aun cuando dentro del proceso no hubo prueba de que la demandante haya sido sometida a procesos o sanciones disciplinarias, lo relevante es que ese argumento no resulta suficiente, habida cuenta que al estar acreditada la prestación personal del servicio, se activó la presunción de subordinación, sin que esa inferencia a la que llegó el apelante la desvirtúe, por lo que la misma situación aplica para el argumento en torno a que no se trataban de permisos, sino de comunicaciones de la demandante para ausentarse, ya que ese acto no viene acreditado.

Ahora bien, en lo atinente a que de los correos electrónicos valorados no se puede extraer que el remitente corresponda a la demandada, se advierte, aun cuando pudiese admitirse la idea de la dificultad para identificar de ese aspecto a partir de esa sola prueba documental, lo cierto es, que la misma no fue desconocida dentro de la etapa procesal oportuna y además, fue reconocido por la demandada en el interrogatorio de parte que le fue practicado, lo que conlleva a concluir que no hubo error en la valoración del a quo.

Por último, en cuanto a los argumentos que expone el apelante para fundamentar la buena fe de la demandada, se considera que resultan insuficientes, por cuanto la suscripción del contrato de prestación de servicios, fue un manto que utilizó la demandada para ocultar el vínculo laboral, máxime cuando es a partir del mismo que se extrae la característica de *intuito personae* y la falta de prueba del acto expreso de cada una de las prórrogas, lo que realmente descubre una modalidad indefinida, y conlleva a colegir que el actuar de la enjuiciada al utilizar formalmente un contrato de prestación de servicios, constituyó un obrar contrario a los postulados de la buena fe.

Todo lo precedido, resulta suficiente para despachar desfavorablemente los argumentos expuestos por la demandada, y como quiera que no cumplió con su carga probatoria, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 el 28 de julio de 2021 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

SENTENCIA: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA ILMA RODRÍGUEZ** contra **EL FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP.**

EXP. 11001 31 05 **036 2019 00125 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condenara a la demandada, a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge del causante Rafael Arias, desde la fecha de su muerte debidamente indexada, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el señor Rafael Arias laboró para EDIS desde el 22 de octubre de 1971 al 12 de diciembre de 1989, fecha en que falleció en el cargo de obrero como trabajador oficial; que contrajo matrimonio con la demandante el 30 de diciembre de 1972; que reclamó la pensión de sobreviviente, y en subsidio la indemnización sustitutiva el 10 de junio de 2016 y que el 12 de diciembre de esa misma anualidad a través de una resolución, se le reconoció indemnización sustitutiva; que nuevamente el 18 de julio de 2018, solicitó la pensión de sobreviviente, la cual fue negada por la demandada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de junio de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 128).

La demandada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor, asimismo respecto de los hechos, en síntesis, manifestó que el demandante trabajo al servicio de la Edis, como trabajador oficial desde el 22 de octubre de 1971 hasta el 12 de diciembre de 1989. Que contrajo matrimonio con la señora María Ilma. Rodríguez. Que la parte actora presentó reclamación administrativa el 10 de junio de 2016, y que la misma fue negada mediante Resolución n.° SPE-GP 0973 de 12 diciembre de 2016. Afirmo, que la parte actora solicitó una reclamación administrativa el 18 de julio de 2018, referente a la solicitud de pensión de

sobrevivientes y que la misma fue negada. Propuso las excepciones de mérito inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de las mesadas pensionales, pago, compensación y genérica (fl. 135-140).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 29 de abril de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas y condenó en costas al demandante.

Fundamentó la decisión al manifestar básicamente que, no era posible reconocer pensión de sobreviviente a la actora, por cuanto la norma aplicable era la que se encontraba vigente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es, la Ley 12 de 1975, la cual exigía que el causante haya dejado causado la prestación de jubilación aunque no le hubiese sido concedida, esto es, 20 años de servicios, y como quiera que solo se acreditó una prestación de servicio de 18 años, un mes y 18 días, no era posible acceder al reconocimiento de la prestación pretendida.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación, manifestando inconformidad con la negativa del reconocimiento de la pensión de sobreviviente, fundamentó su recurso, en que hay una violación a los derechos fundamentales al mínimo vital, principio de favorabilidad e igualdad, por cuanto hay sentencias de revisión de tutela en donde el causante prestó el servicio en un menor tiempo que en el presente caso, y se le concedió la pensión de sobreviviente a las accionantes, y que su apelación tiene como finalidad agotar el requisito para acudir a la corte interamericana de derechos humanos.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico a verificar, si a la parte actora le asiste derecho o no, a la pensión de sobrevivientes deprecada y a sus respectivos intereses moratorios.

En tratándose del problema jurídico planteado, se considera oportuno traer a colación, lo dispuesto de manera reiterada por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, específicamente en la providencia SL-768-2019, en la que expresó lo siguiente,

> "No obstante, lo señalado, debió el juez de la alzada analizar la situación sometida a su escrutinio, bajo la égida de las Leyes 12 de 1975 y 33 de 1973 que regulan la figura de la sustitución pensional al fijar la titularidad de la prestación e igualmente al permitir la habilitación de la edad cuando se trata del fallecimiento de *un no pensionado*, disposiciones que, como lo ha precisado la Sala, modificaron los reglamentos del ISS en lo que hace a los requisitos de pensión de sobrevivientes.
>
> Para ahondar en el asunto es preciso recordar que el artículo 1° de la Ley 12 de 1975 indica:
>
> > *el cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas"*
>
> A su vez el artículo 1° de la Ley 73 de 1973 precisa:

Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleador o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

Aun cuando el sentenciador no puso en discusión que la muerte del causante habilita la edad, como lo alega el recurrente, ni tampoco que la reclamante fuera su viuda, limitó el estudio del conflicto a lo dispuesto en los artículos 20 y 5 de tantas veces mentado Acuerdo 224 de 1966, que remitían para efectos de la pensión de sobrevivientes a los requisitos de la pensión de invalidez, que sin duda no satisfacía el causante; pero soslayó el cotejo de los hechos con los requisitos de la pensión de vejez que era a los que las leyes arriba transcritas remitían, como lo precisó la Sala en la sentencia CSJ SL448 – 2018, 28 feb. 2018, rad. 47000, en la que al decidir una controversia de contornos similares a la aquí debatida, explicó:

Dada la vía escogida para los ataques, debe ponerse de presente que no se controvierten los supuestos fácticos que dio por demostrados el Tribunal, tales como que el señor Jaime León Uribe Velásquez, cónyuge de la actora, falleció el 22 de junio de 1981, habiendo cotizado al ISS un total de 564 semanas, de las cuales 207 lo fueron dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento y 54 dentro de los últimos 3 años.

El ad quem estimó que en el presente caso resultaba aplicable el artículo 1 de la Ley 12 de 1975, por cuanto era la norma que estaba vigente cuando se produjo el deceso del cónyuge de la demandante y, a partir de esta premisa, concluyó que como el causante había cotizado las semanas que exigía el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por Decreto 3041 del mismo año, para el reconocimiento de la pensión de vejez, esto es, 500 dentro de los 20 años anteriores al fallecimiento, la demandante tenía derecho a la pensión de sobrevivientes.

El censor controvierte esta conclusión del Tribunal argumentando, en esencia, que los artículos 1 de Ley 12 de 1975 y 11 del Acuerdo 224 de 1966 no resultan aplicables al caso, por cuanto esta última disposición regulaba las pensiones de vejez y no las de sobrevivientes. Agrega que la norma que gobierna la pensión de sobrevivientes a que aspira la demandante es el artículo 20 del citado Acuerdo 224 de 1966, por ser la que se encontraba vigente para la fecha del óbito del causante y no el 1 de la Ley 12 de 1975, por cuanto esta norma le otorgaba al cónyuge supérstite el «...derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas...», por lo que resulta inaplicable a una controversia en la que se pretende la pensión de sobrevivientes y no la pensión de jubilación del otro cónyuge. Concluye, en ese orden, que al no cumplirse las exigencias del mencionado artículo 20 del Acuerdo 224 de 1966, no le asistía a la promotora del proceso el derecho a la prestación.

Al respecto, estima la Sala que el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos que le atribuye la censura, por cuanto la norma vigente para la data en que falleció el esposo de la demandante era la Ley 12 de 1975, cuyo artículo 1 dispone:

El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.

Esta Sala de la Corte ha adoctrinado que la norma pretranscrita resulta aplicable a las pensiones de sobrevivientes a cargo del ISS, pues la Ley 12 de 1975 modificó los reglamentos expedidos por dicha entidad de seguridad social en lo relativo a las pensiones de sobrevivientes, *tal como lo expresó en sentencia CSJ SL6079-2014, cuando dijo:*

Ahora bien, como el señor LUIS ENRIQUE ARENAS CASTAÑEDA falleció el 2 de mayo de 1982, la norma llamada a regular el derecho

pedido por la actora era la vigente en el momento en el que ese suceso ocurrió, esto es, en principio, el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, como lo reclamó el Instituto de Seguros Sociales desde la contestación de la demanda y lo aceptó la juez de primera instancia.

(...)

Sin embargo, los anteriores raciocinios tampoco resultan plenamente acertados para la hipótesis analizada, en vista de que en la fecha del fallecimiento del señor LUIS ENRIQUE ARENAS CASTAÑEDA se encontraban vigentes otras disposiciones que varían sustancialmente la regulación de los acrecimientos pensionales contenida en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966. Concretamente, en el presente asunto son aplicables la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975, que establecen normas en materia de pensiones de sobrevivientes y sustitución de pensiones de jubilación para trabajadores del sector privado y oficial.

Como se observa, esta Corporación es del criterio de que los reglamentos del ISS fueron modificados, en cuanto a las pensiones de sobrevivientes respecta, entre otras, por la Ley 12 de 1975, de manera que no se equivocó el ad quem al considerar que el artículo 1 del citado ordenamiento resultaba aplicable al caso debatido, por lo que no incurrió en los desvíos jurídicos que le atribuye la censura.

De acuerdo con lo anterior, tampoco se equivocó el ad quem al considerar que el causante contaba con la densidad de semanas cotizadas necesaria para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, pues el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por Decreto 3041 de 1966, también vigente para la fecha del óbito del causante, disponía:

Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguientes requisitos:

a. Tener 60 años, o más de edad si es varón y 55 o más años si es mujer;

b. Haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

En estas condiciones, al haber cotizado el causante 564 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores a su deceso, hecho que no se controvierte, es evidente que tenía «el tiempo de servicio» consagrado en la Ley para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

Y es que, como con acierto lo consideró el Tribunal, esta Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que para efectos de la pensión de sobrevivientes, «el fallecimiento del trabajador equivale a una habilitación de su edad», como se expresó en la sentencia CSJ SL, 4 mar. 1982, rad. 8225 y lo ha reiterado en oportunidades posteriores, como la sentencia CSJ SL, 2 Feb. 2010 rad. 36473, entre otras, cuando dijo:

Lo precedente indica, que si bien, no se trató de un derecho adquirido en la significación que jurídicamente se atribuye a este vocablo, pues no se configuró el requisito de la edad en vigencia de la normatividad anterior, el hecho de la muerte activó el surgimiento del derecho a la pensión de jubilación, toda vez que habilitó la edad, que era lo que le faltaba para la consolidación plena del derecho.

Así las cosas, concluye la Sala que en ningún desafuero jurídico incurrió el juzgador de segunda instancia al considerar que como el causante había cumplido con la densidad de cotizaciones necesaria para adquirir el derecho a la pensión de vejez, esto es, 500 dentro de los 20 años anteriores a la muerte, la actora tenía derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación del artículo 1 de la Ley 12 de 1975".

De acuerdo, al criterio jurisprudencial citado, se considera que a la parte demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente que reclama, puesto que el señor Rafael Arias (q.e.p.d) laboró desde el 22 de octubre de 1971 al 12 de diciembre de 1989, es decir, 18 años, 1 mes y 18 días, de tal manera que, no acreditó 20 años de servicios para dejar causada en vida una

pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1973, requisito sin el cual, no es posible acceder a la pensión de sobreviviente que establece la Ley 12 de 1975, normativa vigente a la muerte del causante, motivación esta suficiente que conlleva a la confirmación del fallo de primera instancia.

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a conceder lo pretendido por la demandante. Por lo que no habrá lugar a confirmar la sentencia. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 el 29 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HECTOR JULIO MONTAÑO SIERRA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 040 **(036 2019 00764 01)**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y parte demandada COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 03 de junio de 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condenara a la demandada, a reconocer y pagar la pensión especial de vejez, mesadas pensionales causadas y no pagadas, así como las que se sigan causando, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 5 de noviembre de 1963, y que ha sido trabajador mineros en labores de alto riesgo de manera ininterrumpida desde el 22 de octubre de 1986; que el 20 de diciembre de 2018, solicitó el reconocimiento de la pensión especial de vejez y le fue negada; que durante su vida laboral cotizó 967,78 semanas en actividades de alto riesgo certificadas por los empleadores y que al 31 de marzo de 2019, se le reflejaba un total de 1.382 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de enero de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 47).

La demandada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor, asimismo respecto de los hechos, en síntesis, sostuvo que al momento de la presentación de la demanda, el reclamante contaba con (55) años de edad, teniendo en cuenta que este nació el 5 de noviembre de 1963. Afirmó, que no hay constancia o notificación que indique que el demandante se desempeñó en labores de alto riesgo, por lo que el empleador no estaba en la obligación de pagar un valor adicional.

Adujo además, que es cierto que el demandante el día 20 de diciembre de 2018, solicitó se le reconociera la pensión de vejez, por considerar que cumplía los requisitos. Que mediante la Resolución n.° SUB 58915 del 9 de marzo de 2019, se le negó la misma, por falta de documentación. Que la resolución en mención, fue notificada el día 14 de marzo de 2019. Propuso las excepciones de mérito falta de integración en la demanda de todos los litisconsortes necesarios, inexistencia del derecho y de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia de interés moratorios, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 3 de junio de 2021, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión especial de vejez por haber desempeñado actividades de alto riesgo causada a partir del 5 de noviembre de 2018, y con disfrute una vez se produzca su desafiliación del sistema; igualmente, al pago de intereses moratorios a partir de la fecha de desafiliación, declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las demás pretensiones de la demanda.

Fundamentó su decisión, manifestando básicamente que, desde el 18 de abril de 1990 al 8 de enero de 2019, se acreditó un total de 7.715,3 días cotizados en actividades de alto riesgo, lo que equivale a 1.021,86 semanas cotizadas, por lo que le asistía derechos a la pensión especial de vejez con base en el Decreto 1281 de 1994, ya que al 28 de julio de 2003, acreditó un total de 536,14 semanas, ejerciendo actividades de alto riesgo, por lo que causó el derecho a la prestación económica a partir del 5 de noviembre de 2018, fecha en

que cumplió 55 años.

Expresó, que la liquidación de la pensión se deberá efectuar conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y que el disfrute de la pensión tendrá lugar a partir de la fecha en que se efectúe la desafiliación del sistema.

El a quo, concedió el grado jurisdiccional de consulta por haber resultado totalmente adversas las pretensiones a COLPENSIONES.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación, manifestó su inconformidad en lo concerniente a la fecha en que se ordenó el pago de la pensión de vejez, pues según su dicho, debe corresponder a la fecha del cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación económica y no cuando se la reconocieron.

La parte **DEMANDADA,** también interpuso recurso de apelación, sustentando que el demandante, no cotizó las semanas suficientes para que le sea reconocida una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, pues las certificaciones laborales no detallaban que específicamente se trataran de labores de alto riesgo.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando resultare adversa a las entidades descentralizadas en las que la nación sea garante, y en igual sentido, el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos

apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá un problema jurídico a verificar, esto es, si a la parte actora le asiste derecho o no, a una pensión especial de vejez, y en caso positivo, determinar la fecha de disfrute de la prestación económica.

En tratándose del problema jurídico planteado, advierte la sala que la inconformidad planteada por la enjuiciada se dirige a que el actor, no acreditó el cúmulo de semanas suficientes para acceder a la pensión especial de vejez, y respecto a ello, conviene traer a colación lo dispuesto en el numeral 1.° del artículo 2.° del Decreto 2090 de 2003, el cual dispone: "*Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes: 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*"; normativa que resulta necesaria para resolver el problema jurídico planteado.

Lo precedido, teniendo en cuenta que al expediente se aportó cinco certificaciones (fl. 40-44), en la que expresamente se indica que el demandante desempeñó labores de minería en socavones bajo tierra, con varios empleadores y en los siguientes extremos temporales,

Empleador	**Extremos Temporales**
Compañía Minera el Triunfo SAS	18/04/1990 al 28/02/2002 y 01/05/2011 a 01/02/2012.
Carboneras y Explotaciones San Antonio	24/09/2010 al 31/03/2011 y 03/01/2012 al 02/02/2013
Carbociscos San Antonio SAS	03/03/2013 al 31/05/2016.
Jose Dayer Bello Bello	01/06/2016 al 26/01/2017

Inversiones San Antonio Hermanos SAS	27/01/2017 al 14/09/2018

Frente a las mentadas certificaciones, se considera que gozan de plena validez, por lo tanto, deben ser tenidas en cuenta para la computación de semanas para la causación de la prestación económica que pretende el actor, máxime cuando, ha sido reiterado por la providencia SL4616-2016, "*que para probar la exposición a factores de riesgo en el trabajo, la jurisprudencia ha admitido que existe libertad probatoria*".

Aunado a lo anterior, se tratan de documentales que no fueron tachadas, ni desconocidas oportunamente por la demandada, amén de que fue COLPENSIONES quien a través de la Resolución n.° SUB 58915 del 9 de marzo de 2019, le imprimió valor probatorio para el estudio de la prestación económica al decir que "*si bien logra acreditar el desempeño expreso de alguna actividad que implique alto riesgo*", pues el único argumento para despachar en forma desfavorable la solicitud, fue orientado a que "*no trae consigo un detalle de los periodos durante los cuales efectuaron cotizaciones especiales adicionales*"; argumentación esta, que de ninguna manera puede restar valor probatorio a las certificaciones, dado que no desvirtúa la veracidad de su contenido, así como también, se tratan de periodos laborados que coinciden con las cotizaciones que se realizaron al sistema general de pensiones, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas a fecha 13 de febrero de 2020 (fl.75-88).

Al contabilizar los periodos en que el actor desempeñó labores de minería, se obtiene un total de 7.715,3 días o 1.021,86 semanas cotizadas, de suerte que a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, el 28 de julio de la misma anualidad, acreditó un total de 536,14 semanas cotizadas, le resultaba aplicable las condiciones

exigidas por el artículo 3.° del Decreto 1281 de 1994, esto es, 55 años y 1000 semanas cotizadas, presupuestos que acreditó el 5 de noviembre de 2018.

Así las cosas, el análisis realizado, conlleva a la misma conclusión del a quo, es decir, que a la parte actora le asiste derecho a la pensión especial de vejez por haber desempeñado actividades de alto riesgo. Aclarado este punto, se procede a dirimir la inconformidad presentada por el vocero judicial de la parte demandante, en el sentido que la fecha del disfrute de la prestación económica, debe corresponder a la fecha en que se acreditaron los requisitos, esto es, el 5 de noviembre de 2018.

Frente a lo indicado por el apelante, conviene citar lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de la misma anualidad, que dispuso lo siguiente: "*La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo*".

Lo arriba citado, hace una diferencia en lo que respecta a la causación del derecho y el disfrute del mismo, figuras jurídicas que no pueden ser confundidas por estar debidamente diferenciadas por la norma. Frente a ello, considera la sala que la parte accionante, pretende disfrutar de la prestación económica en la misma fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez, lo que no puede ser admisible, habida cuenta que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas expedido a fecha 13 de febrero de 2020 (fl.75-88), el demandante ha venido cotizando de forma ininterrumpida e incluso con posterioridad al 5 de noviembre de 2018, por lo que es necesaria la desafiliación del sistema para que proceda a disfrutar de la prestación económica reconocida.

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a revocar la sentencia.

Sin costas en esta instancia, por haber sido estudiado el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

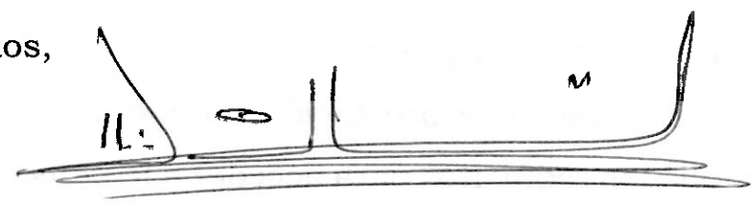
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de junio de 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

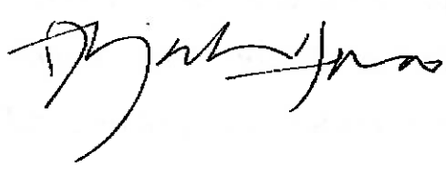
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JUANITA VARGAS AYALA** contra **ARISTIDES DELGADO GUARÍN**

EXP. 11001 31 05 **037 2019 00377 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la existencia de un contrato de trabajo, entre ella y Mi Gran Llanerada 129, desde el 8 de mayo de 2015 hasta el 14 de abril de 2018; que dicha relación laboral término sin justa causa imputable al empleador, que el último salario que devengó fue de $360.000, que ingresó a laborar nuevamente el día 1.° de noviembre de 2018, y que igualmente fue despedida sin justa causa el 27 de enero de 2019.

En consecuencia, que se condenara a la demanda al pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas durante las relaciones laborales que sostuvo con la demandada; al pago de los aportes a seguridad social; de la sanción moratoria prevista en el artículo 99, de la Ley 50 de 1990, y de la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 8 de mayo de 2015, ingresó a laborar en el establecimiento de comercio Mi Gran Llanerada 129, cuyo propietario era el señor José Manuel Moreno Garavito; que fue vinculada de forma verbal; que para dicha data era menor de edad; que fue contratada para desempeñar los cargos de mesera, hornera, y servicios generales; que laboraba los días viernes, sábado, y domingo, de 9 a.m. a 6 p.m., y que la labor que le fue encomendada fue ejecutada de forma personal.

Sostuvo, que mensualmente devengaba un salario de $360.000; que el día 14 de abril de 2018, fue despedida de forma unilateral y sin justa causa por el señor José Manuel Moreno Garavito; que durante el lapso en que duró dicha relación laboral no le fueron pagadas las prestaciones sociales, acreencias laborales, y los aportes a seguridad social; que fue contratada nuevamente el día 1.° de noviembre de 2018; que fue despedida el 27 de enero de 2019, y que

durante la vigencia de la segunda relación laboral tampoco le fueron reconocidos los conceptos ya referidos (f.° 27 - 39).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 21 de agosto de 2019, ordenándose la notificación y traslado al demandado (f.° 40).

ARISTIDES DELGADO GUARÍN, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó, que entre él y la demandante, jamás existió una relación laboral motivo por el cual esta última no tenía derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales, acreencias laborales, y aportes a la seguridad social deprecados. Alegó en su favor, la excepción de prescripción (f.° 61 - 66).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 4 de mayo de 2021, declaró la existencia de una relación laboral por días, de carácter verbal, entre las partes, desde el 8 de mayo de 2015 al 14 de abril de 2018; condenó al demandado en su calidad de empleador al pago de los siguientes conceptos: **a)** $1.389.643, por concepto de auxilio de cesantías; **b)** $175.872, por intereses a las cesantías; **c)** $1.137.929, por prima de servicio; **d)** $890.893, por compensación de vacaciones, **e)** y la suma de $12.857, hasta que se realice el pago de las prestaciones sociales; ordenó a la demandada a solicitar ante la A.F.P. a la que se encuentre afiliada la demandante, el cálculo actuarial del periodo comprendido entre el 8 de mayo de 2015, y el 14 de abril de 2018, y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 24 de mayo de 2016, con excepción al auxilio de cesantía y de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en verificar si entre las partes existieron sendos contratos de trabajo, para luego determinar sus extremos temporales, el salario devengado y el reconocimiento de prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnizaciones deprecadas por la actora.

En lo que interesa a la alzada, esgrimió que con el interrogatorio de parte del demandado y los testimonios practicados, logró acreditarse la prestación personal del servicio por parte de la actora en el establecimiento Mi Gran Llanerada 129, por lo que había lugar a activar la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo, conforme a lo establecido en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Dijo, que con el escaso material probatorio arrimado al proceso por la parte demandada, no logró desvirtuarse la referida presunción, y que la testigo decretada para tal efecto, esto es, la señora Dora Isabel García incurrió en varias contradicciones, además de no coincidir lo dicho por ella, con lo manifestado por el señor Arístides Delgado Guarín en su interrogatorio de parte.

Estimó, que la parte actora logró acreditar que los extremos temporales de la primera relación laboral se dieron entre el 8 de mayo de 2015 y el 14 de abril de 2018. No obstante, aclaró que no se comprobaron con certeza los extremos temporales de la segunda relación laboral, por lo que no había lugar a declararla. Señaló además, que al efectuar las operaciones aritméticas de rigor constató que el salario devengado por la actora era de $385.714, en tanto que le eran reconocidos $30.000 diarios para ejercer diversas labores de viernes a domingo en el establecimiento Mi gran Llanerada 129, y que el referido valor era el que debía tenerse en cuenta para efectuar el cálculo de las acreencias laborales y prestaciones sociales deprecadas.

Declaró probada la excepción de prescripción, respecto de los derechos causados con anterioridad al 24 de mayo de 2016, a

excepción de los aportes a seguridad social y del auxilio de cesantía, en tanto que su exigibilidad se da al momento de la finalización del contrato de trabajo,

Indicó, que no procedía el pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues con lo dicho por las testigos se comprobó que hubo un incumplimiento por parte de la demandante de las funciones que le fueron asignadas.

Finalmente, adujo que procedía el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que se probó la mala fe del demandado al desentenderse del funcionamiento del Establecimiento Mi Gran Llanerada 129, y del manejo de la contratación de personal por parte del señor José Manuel Moreno Garavito.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDADA,** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el *a quo.*

Arguyó, que a los testimonios deprecados por la demandante no se les podía dar una totalidad credibilidad, dado la existencia de una relación de familiaridad y amistad entre la actora y las testigos, sumado al hecho de que estas también presentaron demanda contra el establecimiento Mi Gran Llanerada 129.

Dijo, que los medios probatorios allegados al proceso no lograba probarse la existencia de una prestación de servicios por parte de la actora, de forma continua y permanente, así como tampoco el horario en el que esta realizó las funciones.

Finalmente, manifestó que se dejó sin valor a uno de los testigos decretados en su favor, quien además de no tener ninguna clase de familiaridad con el demandado, podía dar cuenta de los hechos que

generaron esta demanda por haber laborado en el establecimiento Mi Gran Llanerada 129, en esa época.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar, ***i)*** si con los medios probatorios allegados al proceso se demostraron o no, los elementos constitutivos del contrato de trabajo, para determinar si existió una relación laboral entre la demandada y la demandante ***ii)*** y en caso de ser así, se determinará si se demostraron los extremos temporales de la presunta relación laboral.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza

jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Advierte la Sala, que con las pruebas documentales arrimadas al proceso, no es posible determinar que la demandante efectivamente prestó sus servicios de forma personal a la demandada como mesera, hornera, y en servicios generales en el establecimiento de comercio "Mi Gran Llanerada - 129", en tanto que únicamente se aportó la planilla de aportes a seguridad social de la actora (f.° 14), y el Certificado de Existencia y Representación del aludido establecimiento de comercio (f.° 15).

No obstante, como bien lo adujo el *a quo*, con lo manifestado por las testigos Paola Andrea Ramírez Camacho y Diana Katherine Vargas Ayala, pudo determinarse que la demandante realizaba las labores de mesera, hornera, y servicios generales en "Mi Gran Llanerada - 129" de forma personal.

Ello, por cuanto Paola Ramírez Camacho, quien afirmó haber trabajado al servicio del demandado, expresó que la actora fue contratada para laborar en "Mi Gran Llanerada - 129", para ejercer las labores de cocina y limpieza general; que tenía un horario de 9 a.m. a 6 p.m. que debía cumplir los viernes, sábado y domingo, y que la actora inició sus labores en mayo de 2015, dada la necesidad de personal del restaurante para atender en el día de la madre. Manifestó también, que debían cumplir un horario de 9 a.m. a 6 p.m., en el que ejercían labores varías, y que el señor José Manuel Moreno Garavito era su jefe directo, pues era quien les daba las órdenes y les indicaba el horario a cumplir vía "WhatsApp".

Lo anterior, coincide con lo narrado por la testigo Diana Katherine Vargas Ayala, quien también señaló haber laborado en "Mi Gran Llanerada - 129", durante el lapso en que la actora prestó sus servicios en ese establecimiento de comercio; que esta laboraba

únicamente los fines de semana, y que ejercía las labores de mesera, limpieza y cocina.

Ahora bien, como la parte demandada indica en su recurso de apelación que no debe dársele credibilidad alguna al testimonio de Diana Katherine Vargas Ayala, por ser la hermana de la demandante, ni al testimonio de Paola Ramírez Camacho, por la relación de amistad existente entre ellas, debe recordarse que en casos como estos la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dispuesto lo siguiente: *«lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar" (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre d e 2004, Exp. No. 7147-01), tanto más si se advierte que, en muchos casos, son los parientes quienes, ubicados en una mejor perspectiva, tienen contacto directo con los hechos averiguados, sobre todo cuando de relaciones de familia se refiere. Debe haber, pues, una ponderación más aguda, sin que por ello se prescinda de la información que suministran, misma que, si es capaz de superar los juicios de coherencia, seriedad y objetividad, puede ser tomada como base para decidir»* (CSJ SL, del 12 de ago. 2011, rad. 11001-31-10-021-2005-00997-01, y SL3721 de 2019).

Igualmente, la Corte ha dicho que el hecho de que los deponentes hubieren efectuado reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra una de las partes del proceso, no invalida el testimonio, *"ya que es de su declaración, el contenido de sus afirmaciones y explicaciones, su ubicación temporal en los hechos, entre otros aspectos objetivos en el momento de su práctica, lo que el juzgador debe valorar, a fin de encontrar la verdad real de lo planteado por los contendientes"* (SL - 3160 de 2019), y ha resaltado aún más la importancia de la declaración de los compañeros de trabajo, cuando lo debatido tiene que ver con el escenario laboral, como ocurre en el presente caso.

Así las cosas, considera esta Sala que los testimonios referidos, además de ser espontáneos, fueron coherentes, objetivos, y

pertinentes, pues con ellos, se logró determinar que las labores encomendadas a la actora, eran desarrolladas de forma personal.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si logró desvirtuar la existencia de los elementos de subordinación y un salario como retribución del servicio.

A juicio de esta Sala, la presencia de la subordinación puede corroborarse con lo dicho por las testigos Paola Andrea Ramírez Camacho y Diana Katherine Vargas, quienes indicaron que ellas y la actora tenían un horario de 9 a.m. a 6 p.m., en el que realizaban labores en la cocina, de limpieza y como meseras en el restaurante "Mi Gran Llanerada - 129". Y ambas testigos, fueron enfáticas en esclarecer que la actora únicamente laboraba los viernes, sábado y domingo, debido a que para el fin de semana el establecimiento de comercio "Mi Gran Llanerada - 129", tenía mayor clientela y demanda.

Sumado a ello, tanto Paola Andrea Ramírez Camacho como Diana Katherine Vargas, coincidieron en afirmar que tanto ellas, como la actora, eran subordinadas del señor José Manuel Moreno Garavito, pues él era quien les daba las órdenes para el desempeño de sus labores, además de ser la persona que les asignaba los horarios a cumplir vía "WhatsApp".

Respecto al salario, las testigos manifestaron de forma unánime que recibían una retribución diaria de $30.000 pesos, que inicialmente fue de $27.000, por la prestación de los servicios de cocina, de limpieza y como meseras.

Ahora bien, afirma la parte demandada en su recurso de apelación que el *a quo* dejó sin valor al testigo decretado en su favor,

que se entiende corresponde a la señora Dora Isabel García, pues según su dicho, por no tener ninguna clase de familiaridad con el demandado, ella podía dar cuenta de los hechos que generaron la demanda debido a que laboró en el establecimiento de comercio "Mi Gran Llanerada", para esa época.

Al valorar el aludido testimonio, esta Sala pudo constatar que en él se presentaron varias imprecisiones. En primer lugar, la señora Dora Isabel García, afirmó que fue contratada por el señor Arístides Delgado Guarín en el año 2015, cuando este en su interrogatorio de parte, confesó haber delegado las labores de contratación y administración del establecimiento de comercio "Mi Gran Llanerada - 129", al señor José Manuel Moreno Garavito, quien es su esposo, y respecto del cual las testigos Paola Andrea Ramírez Camacho y Diana Katherine Vargas, afirmaron haber recibido las órdenes durante su vinculación con la demandada, así como que nunca recibieron una orden del señor Arístides Delgado Guarín.

Sumado a ello, no hay otra prueba que corrobore lo dicho por la testigo de que la actora únicamente fue contratada en "Mi Gran Llanerada - 129", en dos ocasiones, esto es, para el día de la madre, máxime cuando las testigos Paola Andrea Ramírez Camacho y Diana Katherine Vargas, manifestaron también haber recibido órdenes de ella. Se resalta, que la testigo Paola Andrea Ramírez manifestó que Dora Isabel García, era la esposa del señor José Manuel Moreno Garavito, y que ella era la única vinculada mediante un contrato de trabajo, información que a juicio de esta Sala es imposible de corroborar en tan solo dos ocasiones. Además, la testigo manifestó no conocer la forma de contratación a la que acudía su esposo para contratar personal en el establecimiento "Mi Gran Llanerada - 129", pese a convivir con él y laborar en el mismo lugar desde el año 2015.

Así las cosas, con base en el material probatorio analizado de manera conjunta al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, considera esta sala que entre las partes existió un contrato de trabajo, así como que la demandada no logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Por lo que sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

DE LOS EXTREMOS TEMPORALES DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Cabe recordar que la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no exonera al trabajador que persigue su aplicación, además de demostrar la actividad personal del servicio, de otras cargas probatorias como acreditar «*(...)los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros*» (SL-2780 de 2018).

No obstante, ante la falta de claridad en relación con la data en la cual inició la prestación real y efectiva de los servicios de Juanita Vargas Ayala, en favor del demandado, considera esta Colegiatura, que en el presente caso es dable aplicar el criterio jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencias SL2696, STL5072 y SL16110 todas del 2015, relacionado con que se pueden dar por demostrados los extremos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación del servicio en un período determinado, con miras a no sacrificar los derechos laborales o sociales que le corresponden al trabajador.

Así las cosas, le corresponde al juez desentrañar los elementos de persuasión de los extremos temporales de la relación laboral, cuando se tenga certeza sobre la prestación de un servicio en un

determinado periodo, y proceder a calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante, como en efecto sucedió en el presente caso, por los motivos que se explicarán a continuación.

El *a quo*, determinó que existió únicamente una relación laboral entre las partes, esto es, desde el 8 de mayo de 2015 al 14 de abril de 2018. Para arribar a tal conclusión, tuvo en cuenta lo dicho por las testigos Paola Andrea Ramírez Camacho y Diana Katherine Vargas, de que la demandante inició a laborar en el establecimiento "Mi Gran Llanerada 129", en el fin de semana en el que se celebró el día de las madres en el año 2015, que corresponde a los días 8, 9 y 10 de dicha anualidad, por lo que determinó como extremo inicial el día 8 de mayo de 2015.

Ello, también coincide con lo afirmado por la testigo Dora Isabel García, quien pese a que afirmó que la actora únicamente laboró en "Mi Gran Llanerada 129" en dos ocasiones, también dijo que una de ellas correspondió al referido fin de semana.

Para determinar el extremo final, tuvo en cuenta lo dicho por la testigo Paola Andrea Ramírez Camacho, de que ella y la actora laboraron por casi 4 años juntas, y por la testigo Diana Katherine Vargas, de que la relación laboral finalizó a mediados de 2018, afirmaciones que corroboran que la relación laboral aproximadamente finalizó para la data indicada en el libelo introductor, esto es, el 14 de abril de 2018, por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Se tiene entonces, que como el contrato terminó el 14 de abril 2018, y la demanda inaugural fue presentada el 24 de mayo de 2019 (f.° 17), las acreencias laborales causadas con anterioridad al 24 de julio de 2016 están prescritas, a excepción del auxilio de cesantía que

se hace exigible a la culminación del vinculo contractual, como también lo determinó el *a quo*.

El monto del salario y la jornada laboral de la demandante, también se pudieron determinar con lo dicho por las testigos Diana Katherine Vargas y Paola Andrea Ramírez Camacho, como ya fue explicado con antelación.

En este orden, concluye esta Sala que contrario a lo aducido por el apelante, con los medios probatorios allegados al proceso, si logró demostrarse la existencia de una relación laboral entre las partes en los extremos temporales ya referidos, teniendo en cuenta que la demandada no logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, motivo por el cual se **confirmará** la sentencia apelada en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 el 4 de mayo de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JANETH PATRICIA CALDERÓN CRUZ** contra **FUNDICIONES CALDERÓN LTDA.**

EXP. 11001 31 05 **039 2019 00090 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, el pago del auxilio de cesantías por todo el tiempo de servicios tomando como base el último año de servicios, la indemnización por despido injusto, pago de los aportes al sistema general de pensiones, indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, extra y ultra petita, y costas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar en Fundiciones Calderón Ltda a través de un contrato de trabajo verbal para desempeñar el cargo de secretaria bajo un último salario mensual de $970.000 pesos, desde el 4 de junio de 1991 hasta el 14 de diciembre de 2018, fecha en que renunció motivada por el no pago de los aportes a la pensión de vejez (despido indirecto), y por último, relató que nunca la afiliaron a un fondo administrador de cesantías.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 8 de mayo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 25-26).

La demandada, se opuso a todas pretensiones de la demanda, En síntesis, respecto de los hechos, aceptó que existió una relación laboral con la demandante; que si bien inició sus laborales el 4 de junio de 1991, esta se retiró en diciembre de 2006. Aceptó, que el 14 de diciembre de 2018, presentó renuncia con efectos a partir del 15 de diciembre de la misma anualidad. Que el último cargo que desempeñó fue el de secretaria, y devengaba un salario de $970.000. Adujo, que la renuncia de la demandante fue con ocasión a malos manejos administrativos y de dinero, lo cual al requerirla, esta no dio

explicaciones y presentó la carta de renuncia. Propuso las excepciones de mérito cobro de lo no debido, buena fe, compensación, prescripción y genérica o innominada (fl.30-32)..

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 12 de mayo de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 4 de junio de 1991 hasta el 15 de diciembre de 2018, y en consecuencia, condenó a la demandada al pago de $12.002.110 pesos por concepto de cesantías, condenó al pago de la indemnización por despido injusto en cuantía de $35.789.775,50, condenó al pago de los aportes a pensión desde el 4 de junio de 1991 hasta el 15 de diciembre de 2018, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandada.

Consideró, de acuerdo con las pruebas liquidaciones aportadas se evidencia una relación laboral desde el 4 de junio de 1991 hasta octubre de 2006, y posteriormente, desde el 2011 hasta el 2018, bache comprendido entre 2006 al 2011, que se acreditó con la declaración del testigo Germán Suárez, quien manifestó observar diariamente a la demandante laborar durante esos extremos temporales.

Dijo, que ante el pago directo de las cesantías a la demandante antes de la terminación del contrato de trabajo, era viable la sanción de pago doble de las cesantías, por lo que procedió a estimar la condena en cuanto a ese punto.

Frente a los aportes a pensión, consideró que no se evidenció el pago de los mismos desde 4 de junio de 1991 hasta el 15 de diciembre de 2018, por lo que resultaba procedente arribar condena por ese concepto.

Por último, en cuanto al despido indirecto indicó, que la demandada incurrió en el pago irregular de las cesantías durante toda la vigencia del contrato de trabajo, y en igual sentido, incumplió su obligación de pagar los aportes al sistema general de seguridad social, por lo que acreditada los motivos de la renuncia irrevocable atribuible a la demandada, era procedente condenar al pago de la indemnización por despido indirecto.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, manifestó su inconformidad en lo referente al punto que condenó a pagar las cesantías nuevamente, sustentó que en el presente caso, como la demandante no alcanzaba a laborar el año completo, las cesantías se podían entregar directamente al trabajador en una manera proporcional a lo laborado, sumado a que la demandante nunca escogió un fondo administrador de cesantías para que le consignaran las mismas, sino que decidió recibir las cesantías de forma directa.

También, reparó en cuanto a la indemnización por despido indirecto, pues según su dicho la demandante laboró desde 1991 hasta el 2018, y nunca hizo un requerimiento formal por ese tiempo, y que durante ese tiempo se le consignaron sus prestaciones sociales y recibió la plata de los aportes en salud, teniendo en cuenta un acuerdo que hicieron con la demandante, por lo que las causales que expuso no eran de recibo.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá dos problemas jurídicos a resolver así, el primero, se contrae a determinar si es procedente o no el pago doble de las cesantías, y el segundo de ellos, será verificar la procedencia o no de la indemnización por despido indirecto.

Frente al primer problema jurídico planteado, advierte la sala que no hay discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de junio de 1991 hasta el 15 de diciembre de 2018, pues así fue declarado en la sentencia, y no fue objeto de apelación ese punto, de suerte que se mantiene incólume.

Ahora bien, se considera que los argumentos expuestos por la vocera judicial de la enjuiciada a efectos de exonerarse de la sanción relativa al pago doble de cesantías, no son de recibo, por cuanto era deber del empleador dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3.° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, consignar las cesantías antes del 15 de febrero del año subsiguiente, ya que la actuación relativa a pagar directamente las cesantías a la actora antes del vencimiento del contrato de trabajo, le conllevaba a perder esas sumas de dinero conforme a lo dispuesto en el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que le sea posible repetir lo pagado, de ahí que haya sido condenado a pagar nuevamente las cesantías, motivación esta suficiente para no revocar este punto de la sentencia.

En cuanto al segundo problema jurídico, se resalta que no fue un acto desconocido por la sociedad demandada que nunca afilió al sistema general de seguridad social a la actora, y por consiguiente, nunca le pagó aportes; en igual sentido, también fue aceptado por la misma demandada que realizó pagos directos por concepto de cesantías a la demandante antes de la terminación del vínculo laboral.

Lo anterior, para decir que la renuncia irrevocable atribuible a la sociedad demandada (fl. 30), se fundamenta precisamente en la no afiliación a un fondo administrador de cesantías, al pago irregular de las cesantías, la ausencia de afiliación al sistema general de seguridad sociales, y por ende, la sustracción del pago de aportes; circunstancias estas que la misma sociedad demandada aceptó y que habilitaba a la ex trabajadora demandante a dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, ante el incumplimiento sistemático del patrono durante 27 años, de sus obligaciones legales, respecto del pago correcto de las cesantías y los aportes al sistema general de seguridad social; circunstancias estas que hacen imposible revocar la sentencia de primer grado.

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a conceder lo pretendido por la demandada en el recurso de alzada. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL 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 el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá

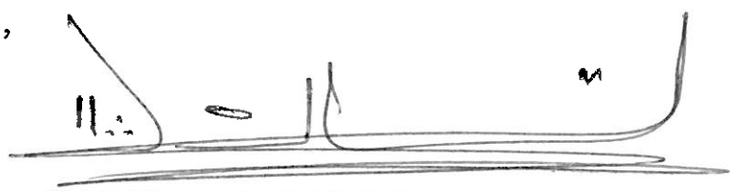
D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

SENTENCIA: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA