



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EDUARDO ANTONIO PARRA DUARTE
Demandada: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
Radicación: 36-2020-00316-01-02
Tema: EXCEPCIÓN PREVIA- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – APELACIÓN DEMANDADA- CONFIRMA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO Y SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Eduardo Antonio Parra Duarte, instauró demanda ordinaria contra Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito de que se declare que tiene derecho a la pensión de sobreviviente por el deceso de su hijo Jonathan Andrés Parra Pino y, en consecuencia, se condene a la enjuiciada a su reconocimiento a partir del 20 de agosto de 2019, con los respectivos reajustes, mesadas adicionales, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que es padre del difunto Jonathan Andrés Parra Pino, quien se encontraba afiliado a la AFP accionada y en vida no contrajo nupcias, tampoco convivió en unión marital de hecho, ni procreó hijos. Indicó que fue conductor de transporte público durante más de 22 años y en septiembre de 2012 estuvo hospitalizado dado a un infarto que le generó un bloqueo de la rama izquierda del corazón, razón por la cual se le redujo su carga laboral y por ende considerablemente su salario.

Afirmó que su hijo se convirtió en su apoyo económico aportando la suma de \$300.000, sobre todo cuando el 2 de abril de 2018 sufrió un accidente al caer de un tejado de 3 metros que lo llevó a perder movilidad, a requerir silla de ruedas y ayuda para vestir, y a dejar de realizar su labor de conductor. Expuso que convive con su menor hija de 13 años y su compañera permanente quien no tiene empleo y siempre se ha dedicado al hogar. Refirió que su hijo falleció el 20 de agosto de 2019, de manera que sus ingresos económicos finalizaron, por lo que el 18 de marzo de 2020 reclamó la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por la pasiva. (Expediente digital, PDF 03. Demanda)

2. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el demandante no acreditó el requisito legal de dependencia económica del que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, por ende, dijo que tampoco tiene la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes causadas por el fallecimiento del afiliado Jonathan Andrés Parra Pino. Indicó que, para la fecha del deceso del causante, el actor no figuraba como su beneficiario en el sistema de salud, ya que se encontraba como cotizante a salud, con la razón social Transfer Ltda, aspecto que considera indicativo de inexistencia de dicha dependencia económica.

Propuso como excepción previa la que denominó falta de integración del Litis consorcio necesario, pues a su parecer se hace imperativo la vinculación de Martha Cecilia Pino Leyton, madre del afiliado fallecido, dado a que un tercero cuya presencia es indispensable para decidir de fondo la controversia y que de no hacerlo, implicaría vulnerar su derecho de defensa y el derecho que tendría como beneficiaria sobre el 50% de una eventual pensión de sobrevivientes o de la devolución de saldos derivada del fallecimiento de su hijo. Formuló como excepciones de fondo las de falta de causa para pedir, compensación, prescripción buena fe, y genérica. (Expediente digital, 02. Contestación Porvenir 18.02.2021)

3. Auto apelado. En audiencia de que trata artículo 77 del CPT y SS, celebrada el 3 de marzo del 2022, el Juzgado declaró no probada la excepción previa denominada falta de integración del Litis consorcio necesario, considerando que en términos del artículo 61 del C.G.P., la eventual condición de beneficiario de la señora Martha Cecilia Pino Leyton no estructura inevitablemente la existencia de un Litis consorcio necesario, ya que la falta de comparecencia no implica que no se pueda zanjar la controversia que planteó el demandante, pues se trata de un tercero ad excludendum o de un Litisconsorte facultativo; con apoyo a dichas inferencias citó la sentencia SL1318-2020. (Expediente digital, 01. Audiencia 03.03.2022 - 2020-00316)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, la apoderada de la pasiva formuló recurso de reposición y en subsidio apelación señalando que existe la necesidad de vincular en la calidad de Litis consorcio necesario a la señora Martha Cecilia Pino Leyton, *“teniendo en cuenta que, no solamente por su calidad y naturaleza progenitora del causante, sino, que igualmente su presencia es indispensable para decidir de fondo en el proceso que nos ocupa, pues de no hacerlo implicaría vulnerar su derecho de defensa y el derecho que tendría como beneficiaria sobre el 50% de una eventual pensión de sobrevivientes o de la devolución de saldos derivada del fallecimiento del señor Jonathan Andrés Parra Pino (...) Es menester tener en cuenta que en el estudio integral del expediente tanto las circunstancias fácticas y todo lo que circunscribió por parte de mi representada a través de los hechos materia de la demanda, se ve la necesidad perentoria de que la misma se incluya en el mismo”* (Expediente digital, 01. Audiencia 03.03.2022 - 2020-00316)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo de 2022, en la que la Juzgadora condenó a la enjuiciada a pagar al demandante la pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso de su hijo Jonathan Andrés Parra Pino, a partir del 20 de agosto de 2019, en cuantía igual a un salario mínimo, con una mesada adicional por año y los reajustes anuales correspondientes. Así mismo, condenó a la convocada a juicio a los intereses moratorios sobre las mesadas causadas desde el 20 de agosto de 2019, a partir del 18 de mayo de 2020, más el pago de costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, tuvo como problema jurídico dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente por el deceso de su hijo, Jonathan Andrés Parra Pino. Con tal propósito, indicó que la norma a regular la materia serían los artículos 46 y 76 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, de cara a la fecha del fallecimiento. Así, luego de citar la señalada

preceptiva, advirtió que el causante cotizó un total de 223.29 semanas durante su vida laboral y dentro de los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, alcanzó a cotizar 148.43 semanas, encontrándose entonces cumplido el requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso que exige la citada norma.

Respecto de la calidad de beneficiarios del causante, sostuvo que tal aspecto se encuentra acreditado en tanto que el Registro Civil de Nacimiento del causante daba cuenta que el demandante fue progenitor del fallecido. En lo que hace a la dependencia económica dijo que la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006 declaró inexecutable la expresión "de forma total o absoluta", aspecto que también ha sido desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, en los que ha dejado claro que la dependencia económica no puede ser absoluta, tal y como se señaló en sentencia SL5293-2021. Así, luego de realizar valoración al acervo probatorio allegado por las partes, indicó que aun cuando el demandante confesó que tenía ingresos económicos, incluso laboraba activamente, lo cierto es que por su estado de salud y diversas afectaciones se vio imposibilitado a seguir laborando, razón por la cual, y según el dicho de los testigos, le permitía concluir que aquel se encontraba subordinado económicamente a su hijo.

Refirió que, aunque le fueron concedidos los subsidios por incapacidad laboral, era el señor Jonathan Andrés Parra Pino, quien velaba por satisfacer las necesidades básicas de su progenitor, insistiendo que como lo bien lo dice la jurisprudencia de la CSJ, en el caso de los progenitores la dependencia económica a la que alude el legislador para acceder a la pensión de sobrevivientes no requiere ser absoluta. Advirtió que la AFP accionada no allegó elemento de convicción con el cual pueda desvirtuar lo indicado por los testigos del demandante, tampoco suministró pruebas con las que se pueda entrever que aquel no dependía económicamente del causante. Por consiguiente, coligió que se cumplen con los supuestos normativos para que proceda la prestación reclamada.

Atinente a los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que, de conformidad con el precedente del máximo tribunal, en un principio se exigió para su procedencia la falta de pago de mesadas pensionales, por lo que no era necesario analizar el comportamiento oportuno de la entidad de seguridad social que había desentendido la obligación pensional. No obstante, dijo que a partir de la sentencia 43602 del 6 de noviembre del año 2013 la Corte esboza algunas reglas para exonerar el pago de los citados réditos, entre esas, cuando actuó amparado en la Ley y no podía aplicar consideraciones que solamente están reservadas para los actores judiciales. Así las cosas, advirtió que en el presente asunto no se dio una situación excepcional para abstenerse de impartir condena sobre los intereses peticionados, pues evidenció que no existe justificación alguna para relevar su reconocimiento, en la medida que vencido el término establecido en la Ley 717 de 2001, la entidad pese a resolver la solicitud de reconocimiento del derecho lo negó, sin que acredite una justificación de tal contundencia, para la negación de los mismos; lo que imponía acceder a su condena. (Expediente digital, Audio

02. Audiencia 04.03.2022 - 2020-00316)

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **llamada a juicio** interpuso recurso de apelación esgrimiendo que no se logró demostrar que el actor dependiera del afiliado fallecido, en los términos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por lo tanto, no tendría la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Anotó que la norma citada exige una dependencia total y absoluta, empero, aclaró que no con ello está pretendiendo que el actor haya vivido en la indigencia, pero sí que quede demostrado que existía una dependencia económica de tal magnitud que le impedía subsistir en condiciones de vida digna. De esta manera sostuvo que la verificación se debe realizar al momento del fallecimiento, por manera que, dado al interrogatorio de parte, el

actor es quien manifiesta que su hijo le colaboraba y le daba inclusive una mesada de \$300.000 o \$400.000 para mantenerse, tampoco desconoció que en su momento estaba trabajando con una empresa y mediante un contrato de trabajo que le permitía acceder a todas las prestaciones sociales de ley.

Refirió que, si bien el actor manifestó que ha tenido dificultades para reclamar el pago de incapacidades, lo cual, no es materia del proceso, también era importante que se verificara cuál es la característica y los aspectos cualitativos y cuantitativos que le significaba los ingresos que recibía en el momento de la muerte del afiliado y si estos era una ayuda definitiva y absoluta que le permitiera vivir en condiciones dignas. Así, afirmó no se logró establecer la ayuda absoluta que le daba el fallecido, en tanto, que se determinó que aquel le realizaba un aporte de su salario, suma que no alcanzaba ser el 50% de lo que devengaba.

Expuso que, aunque la madre biológica del óbito desapareció de la vida y de su formación, no obstante, ella en la actualidad vive, quien asistió a las honras fúnebres, por lo que insistió en que ella tendría derecho al 50% de la devolución de saldos que le fue pagado al demandante. Indicó que es un error que se le haya impuesto la carga de los intereses de mora, dado que definió la prestación económica en virtud de la aplicación rigurosa de la ley, de manera que es inviable proferir condena en su contra por ese ítem. Finalmente, ultimó en que la A quo omitió pronunciamiento sobre la excepción de compensación de las sumas que pagó por concepto de devolución de saldos al actor. (Expediente digital, Audio 02.

Audiencia 04.03.2022 - 2020-00316)

7. Alegatos de conclusión. La **demandada** reiteró los mismos argumentos expuestos al momento de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2022 por la A quo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la demandada frente al auto que declaró no probada la excepción previa y en contra de la sentencia, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

- **Excepción previa falta de integración del Litis consorcio necesario**

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el **siguiente problema jurídico**: ¿Es procedente declarar la excepción previa denominada falta de integración del Litis consorcio necesario, toda vez que se omitió vincular al proceso Martha Cecilia Pino Leyton en su calidad de progenitora del señor Jonathan Andrés Parra Pino?

Sea lo primero indicar que el auto que decida sobre excepciones previas es apelable en los términos del numeral 3° del artículo 65 del CPT y de la SS.

Para decidir sobre la legalidad de la providencia impugnada, mediante la cual se declaró no probada la excepción previa prevista en el numeral 5° del artículo 100 del C.G.P., esto es, falta de integración del Litis consorcio necesario, cumple recordar que la parte demandada fundamentó esta excepción bajo el argumento que en el caso de autos resulta indispensable vincular a la progenitora del causante, pues al estar en discusión el derecho a una pensión de sobrevivientes, aquella también podría beneficiarse de esta prestación, de ahí que deba ser integrada al proceso.

Sobre el particular, debe precisarse que, de conformidad con el artículo 61 del C. G. del P., existe litis consorcio necesario cuando la situación jurídica sustancial o la pretensión deducida no puede ser materia de decisión eficaz, sin la concurrencia al proceso de todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia. Es decir, procede cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el operador judicial no puede adoptarse sin que concurran al proceso todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia.

Bajo ese norte, en el sub judice la Sala debe decir desde ya que la progenitora del causante no es litisconsorte necesario del demandante o demandada, en tanto que, no se cumplen los presupuestos legales para acceder a su llamado, ya que no se evidencia que medie relación jurídica sustancial que haga inviable resolver sobre las pretensiones aducidas en la demanda, pues con independencia de que sea la madre de Jonathan Andrés Parra Pino y a su vez pueda eventualmente tener derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama su padre Eduardo Antonio Parra Duarte en esta diligencias, resulta relevante destacar que su presencia no es indispensable para que se profiera un fallo válido que dirima el conflicto aquí planteado por las partes.

En efecto, si se concluye que el actor tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, nada impedirá que se profieran las condenas a las que haya lugar, pues el fallo involucrará a las partes necesarias: el beneficiario de la pensión –como titular del derecho- y el fondo de pensiones –como responsable directo de su pago-, de allí que no sea fundamental citar. Decisión que en todo caso no causa perjuicio alguno a Martha Cecilia Pino Leyton como de manera equivocada lo afirma la apoderada de la entidad accionada, pues aquella puede ejercer su acción en otro proceso y hacer valer en dado caso su derecho legal. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL138 de 2020, dijo al respecto:

"Delineado lo anterior, al estar en discusión el derecho a una pensión de sobrevivientes entre los progenitores del causante, no es necesario y riguroso integrar un litisconsorcio necesario, puesto que ni por previsión legal, como tampoco por la naturaleza de la relación jurídico sustancial que da origen al juicio, se da la exigencia procesal señalada, ya que esa vinculación no está formada por un conjunto plural de sujetos que no pueda dividirse, sino que por el contrario cada uno de los beneficiarios puede ejercer su acción con prescindencia de los demás.

Por consiguiente, no se dan los presupuestos de un litisconsorcio necesario, pero si, los de un litisconsorcio facultativo, al tratarse de litigantes independientes y que, por economía procesal, decidieron acudir ante la jurisdicción de manera conjunta, pues la resolución de la controversia judicial puede darse en favor de una de ellas, sin que sea necesario la comparecencia de la otra, pues el eventual mejor derecho de la última puede ser objeto de declaración en otro juicio."

En este punto, debe dejarse claro que de cara a dicho precedente jurisprudencial, la razón que justifica la convocatoria de la citada persona al proceso, esto es, para que no se le vulnere su derecho de defensa y debido proceso, tampoco resulta ser un argumento válido que haga necesariamente e indefectible el llamado de la señora Martha Cecilia Pino Leyton, no solo porque dicha justificación no se acompasa con las previsiones del artículo 61 del C.G.P., sino, por cuanto a que la vulneración de derechos de esa índole no puede producirse en el juicio, como quiera que ninguna pretensión la involucra o se ventila en su contra. De hecho, los presupuestos fácticos signados en la demanda, en ningún momento denuncian que la señora Martha Cecilia Pino Leyton se esté beneficiando de la prestación económica que ahora el señor Parra Duarte reclama, caso en el cual, si procedería su llamado, de allí que tampoco sea dable a la Sala ordenar su vinculación, por no encontrar violación a las citadas prerrogativas constitucionales.

Así las cosas, como quiera que no se dan los presupuestos del artículo 61 del C.G. del P. para declarar probada la excepción dilatoria propuesta, sin más consideraciones que hacer se confirmará en este sentido la decisión que con acierto tomó la A quo.

Costas

En esta instancia a cargo de la demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del CGP.

Pensión de sobrevivientes

Sentado lo anterior, corresponderá a esta Corporación dirimir los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Se encuentra demostrada la dependencia económica del señor Eduardo Antonio Parra Duarte, respecto de su hijo Jonathan Andrés Parra Pino y, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión de su deceso?
- ✓ ¿Se equivocó el Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por no encontrar justificación con miras a su exoneración?
- ✓ ¿Se debe declarar probada la excepción de compensación propuesta a favor de la sociedad demandada?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Jonathan Andrés Parra Pino se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial 06238082 (Expediente digital, PDF 03. Demanda, pág. 29), el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 20 de agosto de 2019, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 20 de agosto de 2019. (SL 701-2020)

Densidad de semanas

Respecto de las semanas cotizadas en pensiones, se tiene que dentro de los 3 años anteriores cotizó 158.57 semanas (Expediente digital, 02. Contestación Porvenir 18.02.2021, págs. 34 a 39), amén que ello no fue tema del recurso de apelación y fue aceptado por la enjuiciada desde la contestación de la demanda.

Parentesco

Tampoco existe controversia en que el señor Eduardo Antonio Parra Duarte es progenitor del causante, lo cual, también se extrae del registro civil de nacimiento adosado al informativo. (Expediente digital, PDF 03. Demanda, pág. 31).

Requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

El literal d) del art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, establece que, **a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho**, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes **los padres, si dependían económicamente del causante**.

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase de la norma en mención que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica "total y absoluta"**, al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtiene por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

Frente al tema, igualmente la CSJ entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

De igual modo, frente a la carga de la prueba tiene dicho la Corte que le corresponde a los padres demandante demostrar la dependencia económica, en tanto que a la parte demandada el deber de *"desvirtuar esa sujeción material"*, mediante medios suasorios que *"acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas"* (SL590-2018, reiterada en la SL4167-2020).

Caso concreto

Conforme a lo anterior y descendiendo al caso concreto, aduce la censura que el señor Eduardo Antonio Parra Duarte, no tiene derecho a percibir la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, considerando que no depende económicamente del mismo. Para tal efecto, sostiene que, contrario a lo esbozado por la A quo, la dependencia económica del actor con su hijo se encuentra desvirtuada dado que su ayuda no fue definitiva y absoluta con la cual le permitiera vivir en condiciones dignas, en tanto que los aportes de su hijo corresponden a la suma de \$300.000 o \$400.000, suma que incluso no supera el 50% de lo que percibía su hijo. A lo que sumó que el promotor del proceso mantiene

vínculo laboral con la empresa Transfer Ltda, por manera que recibe acreencias laborales derivadas del citado nexo contractual.

Desde esa perspectiva, desde ya considera la Sala que la censura no acierta al señalar que con dichas situaciones se derriba la conclusión a la que arribó la sentenciadora de primer grado, cuando dijo que el padre del reclamante se encontraba subordinado económicamente a su hijo. Lo anterior, se explica por cuanto a que los medios de persuasión dan cuenta que el ingreso del afiliado alcanzaba para cubrir sus gastos propios y el de su progenitor, quien efectivamente dependía para satisfacer sus necesidades básicas del auxilio económico que el causante le brindaba.

Se arriba a esta conclusión luego de examinado el caudal probatorio, fijando la Sala la atención en la declaración que surtió el actor, que deja en evidencia que a causa de su merma laboral del 35% no recibe los recursos económicos suficientes para suplir sus necesidades básicas, pues dejó de trabajar y las incapacidades laborales expedidas no fueron canceladas, llegando la entidad a cargo de pagarlas a deberle más de 20. Expuso que su esposa esporádicamente trabajaba realizando oficios varios, razones para que su hijo le colaborará con una mesada que oscila entre \$300.000 y \$400.000, según lo que le podía dar. Indicó que a raíz de su fallecimiento tuvo que replantear las cuotas de su crédito de la casa en la cual habita, por manera que la suma entregada por su hijo era de vital importancia, pues con ella sostenía el hogar, ya que cancelaba las cuotas de administración, servicios públicos y alimentación, máxime cuando las incapacidades le eran canceladas de forma ocasional, al punto que tuvo que incoar acción de tutela e incidente de desacato, con el objeto de poderlas recaudar, por ende, al recibirlas de forma parcial, las mismas no eran suficientes para cubrir sus gastos, de ahí que el aporte que efectuaba su hijo era determinante para satisfacer sus necesidades básicas.

La anterior declaración se corrobora con los testimonios recaudados en el diligenciamiento. En efecto, se escuchó a la señora Yarith Zuleima Mejía Melo, ahijada del actor, quien resaltó que el fallecido vivía con su padre, su madrastra y su menor hermana, además, que trabajaba en un restaurante bar. Significó que la ayuda que hacía Jonathan Andrés Parra Pino era fundamental para la familia, pues lo veía entrar con bolsas de mercado, pagar la administración del apartamento y en muchas ocasiones le prestó dinero para cubrir gastos de la familia, tales como servicios públicos y medicamentos de su señor padre quien sufrió un accidente y agravó la situación económica de la familia. Además, señaló que su esposa no trabaja puesto que se encontraba al cuidado del actor y la menor estudiaba, de ahí que quien asume todos los gastos era Jonathan Andrés, pues era el único que trabajaba.

Por su parte, las señoras Bibiana Alfonso Vergara (sobrina del actor) y Luz Ana Parra Duarte (hermana del demandante), ratificaron lo antes dicho por la testigo Yarith Zuleima Mejía Melo, agregando la primera de ellas que Jonathan Andrés Parra Pino era el encargado de suplir las necesidades básicas de la familia con posterioridad a los accidentes que sufrió el actor. Refirió que el fallecido le pedía prestado dinero dada a la deficiente situación financiera familiar y cubrir con ellos los gastos que demandaba el hogar, entre eso, servicios públicos, medicamentos y mercado, pues así lo observó. Mientras que la segunda de aquellas adiciona que su sobrino les colaboraba en los gastos familiares y que a raíz del accidente que sufrió su hermano tuvo que cubrir las necesidades básicas del hogar en su totalidad.

De acuerdo con lo anterior, del soporte probatorio aludido, no existe conclusión distinta de que el aporte económico que realizaba el ahora fallecido a su progenitor, tuvo la virtud de estructurar la dependencia económica que se requiere para ser merecedor de la pensión de sobrevivientes, ya que el aporte económico que le daba el causante a su padre

fue relevante y esencial para su sostenimiento, al punto que con posterioridad al fallecimiento la calidad de vida desmejoró.

En ese horizonte, es claro que existía un apoyo económico relevante y significativo por parte del *de cujus* hacia su padre, dadas las circunstancias socioeconómicas y de salud del denunciante, aspecto que no puede erigirse por el hecho de aquel tuviera vigente un contrato de trabajo o que fuese beneficiario de incapacidades laborales, pues, como lo dijeron las declarantes, aquello resulta insuficiente para cubrir íntegramente sus necesidades, lo que deja en evidencia que no tuviese total autonomía financiera.

Al respecto, se hace necesario recordar que la dependencia económica de los padres, no se requiere que aquella sea total y absoluta, en tanto que los progenitores *"pueden percibir rentas o ingresos adicionales, siempre que éstos no sean suficientes para garantizar su independencia económica. En otras palabras, que esas rentas no alcancen a cubrir los gastos de su propia vida"*(SL2618-2021).

Así, siendo cierto, que la dependencia económica no se desvirtúa por el solo hecho de que el padre genere ingresos, dado que la dependencia frente al causante puede ser parcial, es claro que las prestaciones sociales resultantes del laborío que mantiene el actor o las incapacidades laborales expedidas por el subsistema de seguridad social en salud, no desdice la dependencia económica de aquel frente a su fallecido hijo, pues del análisis en conjunto de los medios de prueba incorporados al juicio se concluye que el aporte del mismo constituía un ingreso importante y determinante para el sostenimiento de su padre, es decir, permitía el causante con su colaboración económica subvenir parte de sus necesidades básicas, pues esa ayuda se direccionan con exclusividad a sobrellevar las cargas o gastos en que incurra, entre otras cosas por causa de sus enfermedades, y concurría en una proporción significativa a suplir esos gastos del hogar.

Ahora, con relación a si el salario devengado por el causante era suficiente o no para poder aportar a su padre con sus necesidades materiales, connota la Sala que sobre el asunto la Corte ha delineado que no es necesario demostrar el origen de los recursos (SL38399-2010), así como tampoco hacer inferencias relativas a que los egresos del causante son superiores al salario devengado, y que por ello el aporte económico a su padre no es significativo (SL858-2021), pues independiente de aquello, lo que se requiere es acreditar la dependencia económica, en la medida en que *"a la norma jurídica que gobierna el caso litigado, no le interesa si el causante demuestra o no el origen de los recursos que invierte en la manutención de aquellas personas a las que por razones simplemente naturales les debe agradecimiento"*.

Igualmente, ha rememorado la máxima corporación que no es necesario estimar de manera rigurosa o cuantificar exactamente el aporte del causante, ya que ello *"constituye un estimado económico subjetivo de un consumo aproximado cuya cuantificación se calcula a priori"* (SL858-2021), y en ese sentido, estima la Sala que el aporte prohiado por el causante a sus progenitores se traducía en el pago de una suma cercana a \$400.000 que servía para sufragar necesidades básicas del hogar. Igualmente es dable indicar que no puede exigirse a los testigos que den cuenta de manera exacta del valor aportado, pero se destaca que los deponentes en sus distintas intervenciones afirmaron que Jonathan Andrés Parra Pino era quien ayudaba económicamente a su padre, debido a la falta de ingresos que a este le sobrevino por causa del accidente de origen común, que entre otras cosas está demostrada con el historial clínico y la calificación de pérdida de capacidad laboral que se acompañaron a la demanda.

Así las cosas, aprecia la Sala que Jonathan Andrés Parra Pino, era quien efectivamente se encargó del apoyo económico a su padre y su familia, además, se encuentra acreditado que el afiliado contribuía en su sostenimiento.

Acreditado como está, que el aporte del causante era relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de su padre, se invierte la carga de la prueba y le corresponde a la entidad de seguridad social "*desvirtuar esa sujeción material*", mediante medios suasorios que acrediten la autosuficiencia económica del actor para solventar sus necesidades básicas. Situación que no logra materializarse, ya que no arrimó medio de prueba tendiente a probar tal hecho, a más porque la defensa se apuntala a la calidad de cotizante y beneficiario del servicio de salud derivado de su condición de trabajador y las incapacidades laborales que percibió, con el fin de derruir la dependencia económica, aspectos que como ya se indicó no tienen contundencia requerida para desvirtuar la subordinación económica del promotor del litigio frente a su hijo fallecido.

A partir de ello, no se encuentra desvirtuada por la enjuiciada la dependencia económica deprecada, pues incluso como se dijo al inicio de esta providencia, no se requiere demostrar dependencia total y absoluta, y, que no excluye ni desvirtúa el que los padres reciban ingresos o tengan patrimonio propio, siempre que no alcancen a cubrir los gastos de su propia vida. Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que, con el acervo probatorio recaudado, se probó que Eduardo Antonio Parra Duarte acredita la dependencia económica que le prohijó su Jonathan Andrés Parra Pino, causando así la prestación contenida en el art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003.

Así las cosas, se sigue confirmar la decisión que en este punto tomó la Juez primigenia, pues, es claro que no cometió ningún desacierto.

Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.*"

Así mismo, en sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: "*se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001*", y que "*de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando

la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también “*cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales*” (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de AFP PORVENIR S.A. al establecer la inexistencia de la dependencia económica, cuando esta se desprende del mismo haz probatorio que dilucida la importancia del aporte que realizaba el causante. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Surge de lo dicho, que está Sala habrá de confirmar la decisión de primer grado.

Excepción de compensación

La encartada cuestiona en rigor a la cognoscente de primer grado la falta de pronunciamiento sobre la excepción de compensación que propuso en oportunidad legal.

Sobre el particular, es del caso resaltar, que la compensación está concebida como un modo de extinción de las obligaciones que opera cuando las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras entre sí, figura que se encuentra consagrada en el artículo 1714 del C. Civil, cuya finalidad es evitar el doble pago, la doble entrega de capitales y de ese modo simplificar las relaciones del acreedor y del deudor.

En ese orden, cuando hay un deudor que a su vez es acreedor de la misma persona de la que es deudora, de cosas de igual naturaleza, es viable conjurar el doble riesgo y producir la satisfacción de ambos sin desembolso alguno, restando la cantidad menor de la mayor; es por ello por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han catalogado como un modo satisfactorio de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, para que dicha figura proceda es necesario que aquella se eleve en la oportunidad procesal dispuesta para ello, es decir, en la contestación al escrito inicial, en tanto, que el artículo 282 del CGP veda al juzgador para declararla de oficio. Sobre tal aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2501-2018, dijo al respecto:

“Cosa muy distinta es que, como lo ordena el mentado artículo 282, «cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda», situación que implica que las excepciones propias «prescripción, compensación y nulidad relativa», --a diferencia de las impropias que pueden alegarse en cualquier tiempo y son declarables de oficio--, deben plantearse con la contestación de la demanda, es decir, en su debida oportunidad procesal, para que el juzgador tenga el deber de fallar el pleito en consonancia con ellas, si las encuentra probadas.”

Así las cosas, con el fin de dilucidar el recurso propuesto por los demandados, hay que decir de entrada, que le asiste razón a la convocada a juicio en que se omitió por parte de la juez de primer grado declarar probada la excepción de compensación propuesta, razón por la cual se autorizará a la demandada para que del retroactivo causado a favor del demandante, se descuente el valor reconocido por concepto de devolución de saldos, siempre y cuando la misma haya sido efectivamente recibida por el beneficiario, entendiéndose como un pago parcial.

Costas

En esta instancia a cargo de AFP Porvenir S.A. y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

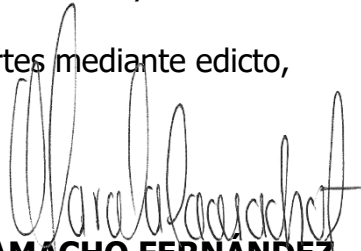
PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido en audiencia celebrada el 3 de marzo del 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: AUTORIZAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que del retroactivo causado a favor del demandante, se descuente el valor reconocido por concepto de devolución de saldos, siempre y cuando la misma haya sido efectivamente recibida por el beneficiario, entendiéndose como un pago parcial.

CUARTO: CONDENAR en costas en la presente instancia en favor de **EDUARDO ANTONIO PARRA DUARTE** y a cargo de la accionada, por no haber prosperado los recursos de apelación propuestos en contra del auto y sentencia.

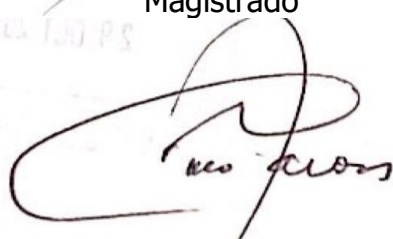
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



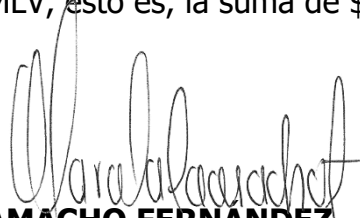
LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia y con ocasión de haber sido despachado desfavorablemente el recurso de apelación en contra del auto dictado por la juez de primer grado, fijándose como agencias en derecho a favor de **EDUARDO ANTONIO PARRA DUARTE** y a cargo de AFP PORVENIR S.A., el equivalente a 1 SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.

COSTAS en esta instancia y con ocasión de haber sido despachado desfavorablemente el recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, fijándose como agencias en derecho en favor de **EDUARDO ANTONIO PARRA DUARTE** y a cargo de la demandada, el equivalente a dos (2) SMMLV, esto es, la suma de \$2.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILFER DÍAZ SALAS
Demandada: GASEOSAS COLOMBIANA S.A.S.
Radicado No.: 24-2020-00217-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO-APELACIÓN PARTES-CONFIRMA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Wilfer Díaz Salas instauró demanda ordinaria contra Gaseosas Colombiana S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existieron varios contratos de trabajo a término fijo, durante el periodo comprendido entre 6 de febrero de 2017 al 22 de marzo de 2019, el cual finalizó por decisión unilateral del empleador aduciendo una justa causa que no se configuró. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, incluyendo el auxilio voluntario y temporal devengado, indemnización moratoria, sanción por la no consignación completa de cesantías, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato de trabajo a término fijo con una duración inicial de 6 meses a partir del 6 de febrero de 2017, para desempeñar el cargo de representante de ventas. Explicó que el 1 de marzo de 2020, debido a un desayuno al que fue invitado por los compañeros de trabajo en celebración de su cumpleaños, comenzó su actividad laboral entre las 11:15 y 11:30 a.m. y con ocasión de ello, fue citado a diligencia de descargos para esclarecer su presunta responsabilidad en la irregularidad presentada, diligencia que se llevó a cabo el 11 de marzo de 2019.

Refirió que la diligencia de descargos fue calificada mediante documento de fecha 22 de marzo de 2019, mediante el cual se decide terminar el vínculo laboral, aduciendo la configuración de una justa causa. De otro lado, indicó que el 6 de febrero de 2019, se pactó entre las partes que la empresa entregaría al trabajador un auxilio voluntario y temporal por valor de \$88.000, el cual se señaló que no constituye factor salarial para efectos prestaciones sociales y se incrementa con el IPC. Sin embargo, sostuvo que el mismo se pagaba mensualmente y se mantuvo durante toda la vigencia de la relación

laboral, razón por la cual consideró que es factor salarial para todos los efectos. (Expediente Electrónico, PDF 05 SUBSANACION, págs. 3 a 11).

2. Contestación de la demanda. En auto de fecha 17 de septiembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la enjuiciada. (Expediente Electrónico, PDF 10 AUTO FIJA AUDIENCIA).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de febrero de 2022, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 6 de febrero del 2017 hasta el 22 de marzo de 2019, en virtud del cual desempeñó el cargo de representante de ventas, devengando como salario promedio final una suma mensual igual a \$1.757.239. En consecuencia, condenó a la convocada a juicio a reconocer y pagar a favor del demandante la indemnización por despido sin justa causa, gravandola en costas.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia del vínculo laboral entre las partes y si el demandante tiene derecho a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones incluyendo el auxilio voluntario y temporal, así como al pago de la indemnización por despido sin justa causa y sanciones moratorias. Con tal propósito, advirtió que no existía mayor discusión en torno a la relación laboral que unió a las partes, ni sus extremos temporales, tampoco el salario que percibió consistente en una suma fija y una variable según el número de ventas que realizará en desarrollo de sus funciones, en tanto que así lo verifica del contrato de trabajo, los comprobantes de pago y la terminación del laborío.

Sentado lo anterior, en lo que hace al auxilio voluntario, citó el artículo 128 del C.S.T. y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que, conforme al caudal probatorio arrimado al diligenciamiento, el actor recibió una "*bonificación de \$88.000 mensuales*" a partir del 6 de febrero de 2017, como consta en el documento otrosí suscrito entre las partes, de tal forma podía concluir la demostración de la periodicidad con la que se recibía el auxilio.

No obstante, consideró que la suma entregada por el empleador tenía un fin consistente en solventar al trabajador los gastos de transporte, pues así lo verifica del mismo interrogatorio de parte que se le practicó al actor, pues éste aseveró que la compañía efectuó la bonificación teniendo en cuenta que el salario que percibía excedida dos salarios mínimos mensuales legales vigentes y por ende la empresa no le podía conceder el auxilio de transporte legal. A lo anterior sumó el pacto que realizó las partes tendientes a restarle el factor prestacional, razón por la cual concluyó que el auxilio percibido por el actor durante la vigencia laboral no puede ser tenido como constitutivo de salario, de allí que debía absolver a la demandada de las pretensiones relativas a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y sanciones moratorias.

En lo atinente a la reclamación de la indemnización por despido sin justa causa precisó que las causas de terminación del contrato de trabajo se encuentran consignadas en una parte en el reglamento de trabajo, en el contrato laboral, convención o pacto colectivo y de otra en la legislación laboral en los artículos 60 y 61 del C.S.T.; de tal forma que si la terminación del nexo contractual no se debe a ninguna de estas causas o en su defecto no se acredita la estructuración del supuesto alegado, se configura la justa causa en los términos del artículo 64 de la misma disposición.

Bajo ese horizonte, sostuvo que se encuentra demostrado el despido dado las pruebas practicadas en el proceso, razón por la cual a la sociedad le correspondía acreditar que el despido se amparó en una justa causa. Luego de citar el contenido de la carta de

terminación de la relación laboral, así como los medios de prueba que allegó la demandada soporte de tal decisión, sostuvo que las falencias que se indicaron fueron aceptadas por el demandante, en tanto que manifestó en la diligencia de descargos que inició tardíamente su labor, justificando su retraso en la medida que asistió a un desayuno organizado por sus compañeros de trabajo por motivo de su cumpleaños, el cual se extendió más allá de las 11:00 a.m.; aspecto que corroboró en el interrogatorio de parte practicado, pero aclaró que sus labores las cumplió en su totalidad hasta las siete de la noche.

Así las cosas, del análisis efectuado consideró que la convocada a juicio no cumplió con la carga probatoria que le incumbe, en tanto que no evidencia elemento de convicción tendiente a demostrar el grave incumplimiento en las funciones asignadas al actor, sino, por el contrario, observaba la falta de trabajo en la jornada laboral de la mañana, *"lo que de suyo comporta a lo sumo y de acuerdo a lo señalado en el reglamento interno de trabajo y contrato de trabajo (...) una suspensión del contrato de trabajo, reservándose la posibilidad por terminado el vínculo contractual a que la reincidencia en al conducta a partir de una tercera vez y siempre y cuando le ocasionará un perjuicio grave a la compañía, situaciones estas que en el plenario no fueron acreditadas"*. En relación con el bajo rendimiento enrostrado al accionante producto del incumplimiento en las metas porcentuales fijadas por la compañía, dijo que debió la compañía seguir el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.1.3. del Decreto 1072 de 2015, que compiló el artículo 20 del Decreto 1373 de 1966, situación que tampoco probó.

Con todo lo anterior dijo que debía condenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, *"teniendo en cuenta que su último salario respondió a la suma de \$1.757.239"*
(Expediente electrónico, 21 AUDIO AUDI 10 02 22 11001310502420200021700s20220092610 02_10_2022 05_22 PM UTC).

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Parte demandante. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación señalando que cumplió con la carga probatoria de demostrar la permanencia y periodicidad del auxilio que recibía por concepto de movilidad el demandante, pues así los refiere la documental mediante la cual las partes suscribieron el acuerdo. Expuso que el hecho de que las partes hayan firmado que dicho concepto no constituya factor salarial, no implica que con el mismo se cumpla el artículo 128 del C.S.T., dado que la misma fue suscrita al inicio del contrato de trabajo y, por ende, dada la subordinación ejercida no se realizó de mutuo acuerdo de tal forma que fue imposición del empleador.

Insistió en que la suma fue recibida de manera permanente y no se demostró que fuese destinada a cubrir el servicio de transporte, de tal manera que el auxilio fue dado como contraprestación directa del servicio, a más porque incrementa su patrimonio. Adujo que la declaración del demandante debe tenerse en cuenta ya que no es una persona que tenga formación jurídica, por manera que se *"relevó a indicar lo que quiso decir el documento que se hizo suscribir, en torno a que la empresa le dijo que eso era para medio de transporte, contrario al representante legal suplente de la sociedad demandada, quien tiene formación jurídica (...) desde luego su declaración va más en torno a tratar de ocultar la verdadera naturaleza salarial de ese auxilio de movilidad, de tal suerte que a mi juicio el despacho incurrió en una indebida valoración de la prueba"*

De otro lado, indicó que no se encuentra conforme con el monto liquidado por concepto de indemnización por despido sin justa causa, dado al salario promedio utilizado para efectos de cuantificar la misma, ya que en la liquidación final del contrato de trabajo se utilizó una base salarial de \$3.205.731, cifra superior a la que tuvo la juzgadora de primera instancia. Agregó que si se considera que esa no es la suma que deba tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de la indemnización, deberá tenerse en cuenta el promedio

salarial que se obtuvo para el reconocimiento del auxilio de cesantía final, esto es, \$2.589.917. (Expediente electrónico, 21 AUDIO AUDI 10 02 22 11001310502420200021700s20220092610 02_10_2022 05_22 PM UTC).

4.2. Parte demandada. En su alzada esgrimió que no se configuró un despido sin justa causa si se tiene en cuenta que el actor incurrió en una falta que la empresa considera como grave, en tanto que hubo un incumplimiento a sus obligaciones propias a la labor que debía efectuar como representante de ventas. Expuso que hubo inobservancia al horario que debía cumplir, ya que debía iniciar sus labores a las 8:00 a.m., pero él reconoce tanto en la demanda y en el interrogatorio de parte que comenzó a laboral a partir de las 11:30 de la mañana sin justificación alguna.

Consideró que, aunque el actor manifestó que se prolongó un desayuno por la celebración de su cumpleaños, de tal manera justificando su retardo, para la empresa no es un motivo que valide el incumplimiento de sus obligaciones, más aún cuando comprometió de manera grave el resultado de los indicadores propios de su cargo, pues al tener este retraso impidió que cumpliera con las metas propuestas, es decir, con la atención a la totalidad de los clientes que tenía a cargo. Insistió en que el demandante reconoce que no tuvo la eficacia ni el rendimiento, para cumplir el objetivo y reporte de ventas, afectando situación financiera de la empresa, motivo por el cual consideró la existencia de una falta grave y la justeza de la terminación del vínculo laboral. (Expediente electrónico, 21 AUDIO AUDI 10 02 22 11001310502420200021700s20220092610 02_10_2022 05_22 PM UTC).

5. Alegatos de conclusión. El **demandante** solicitó que se confirme la sentencia de primer grado concerniente a la condena impuesta a la parte demanda por haber incurrido en un despido frente al demandante sin justa causa, sin embargo, aumentando el valor de aquella conforme los valores señalados en la alzada. De otro lado, indicó que sobre el auxilio percibido probó que este los percibía de manera permanente durante el vínculo laboral, como contraprestación por sus servicios, lo cual incrementada su patrimonio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿La suma recibida por concepto de auxilio voluntario y temporal mensual constituye factor salarial? En caso de serlo, ¿es procedente reajustar las prestaciones sociales y vacaciones dada su incidencia salarial?
- (ii) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

Relación laboral, sus extremos temporales y modalidad contractual

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral entre el señor Wilfer Díaz Salas y Gaseosas Colombiana S.A.S., sus extremos temporales, modalidad o duración y la labor que desarrolló el mismo, pues además de ser admitidos por la demandada en la fijación del litigio, se corroboran entre otros, con el contrato de trabajo, carta de despido y liquidación final de acreencias laborales (Expediente electrónico, PDF 09 CONTESTACION DDA GASEOSAS, págs. 31 a 39).

Auxilio voluntario y temporal mensual

En lo atinente a determinar si el auxilio voluntario y temporal mensual tiene incidencia salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales y vacaciones, ya que el actor se queja de la intelección que llevó el A quo a determinar que no son salario, considerando, entonces, que los citados bonos constituyen una verdadera retribución directa del servicio, por cuanto sus pagos fueron habituales y permanentes, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al indicar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo..."

Señala además la CSJ que "aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el

trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

Con fundamento en el anterior soporte normativo y jurisprudencial, se deben analizar los medios de convicción para establecer si la suma que cancelaba la empleadora al actor, denominada auxilio voluntario y temporal mensual, constituía salario en los términos del artículo 127 del CST, es decir, si lo recibía como contraprestación directa del servicio, o si por el contrario, ese pago no tenía esa connotación a voces del artículo 128 ibídem, por ser beneficios otorgados en forma extralegal por el empleador y además haber dispuesto las partes expresamente restarle incidencia salarial.

Para tal efecto, encuentra esta Corporación copia de la cláusula adicional al contrato de trabajo pactada por las partes el 6 de febrero de 2017, donde se observa que en forma voluntaria la demandada acordó con el trabajador reconocer una suma mensual en efectivo de \$80.000, la cual no tendría incidencia salarial para la liquidación de acreencias laborales. En ese contexto, las partes convinieron expresamente que el monto denominado auxilio voluntario y temporal mensual no constituía salario y en consecuencia no se tomaría en cuenta para liquidar prestaciones sociales y vacaciones, de manera que tratándose de un rubro concedido unilateralmente por la empresa y por mera liberalidad dado que no encuentra consagración legal, contractual o convencional, y existiendo pacto de exclusión salarial, surge como evidente que se estaría ante la hipótesis regulada en el artículo 128 del CST, esto es, ante un pago no constitutivo de salario por corresponder a un beneficio o auxilio habitual pero concedido en forma extralegal por el empleador, y haber dispuesto expresamente las partes restarle esa connotación salarial.

No obstante, conforme a la jurisprudencia citada estos acuerdos son válidos y eficaces, siempre que los rubros pagados no tengan connotación salarial, por lo que resulta forzoso desplegar el análisis probatorio pertinente, en aras de establecer si se efectuaba como contraprestación del servicio marcándose dentro de la definición de salario o en realidad constituía pagos extralegales que no remuneran la labor ejecutada por el actor. En esa orientación necesario resulta examinar la finalidad con que se otorgaba, misma de la que da cuenta el actor cuando se le practicó el interrogatorio de parte.

En efecto, la Sala evidencia que el demandante afirmó que el auxilio voluntario y temporal mensual tuvo como finalidad solventar el valor del transporte en que incurría para prestar

su labor, aduciendo *"que la compañía como mi salario superaba los dos salarios mínimos, entonces, yo perdía lo que era el subsidio de transporte, en medio del pacto colectivo ellos aprobaron un auxilio supuestamente para el transporte, pero pues igual yo siempre sacaba de mi plata y pagaba mis pasajes, igual eran tres cuatro pasajes diarios que me gastaba para cumplir con mis obligaciones y ese auxilio que ellos daban pues no cubría nada; era un medio de decir, mira este es su transporte, pero igual uno siempre tenía que sacar plata del bolsillo de lo que uno se ganaba para cubrir esa parte."*; sosteniendo a su vez que la empresa implementó *"un auxilio adicional como para que la persona que ganara por encima de los dos salarios mínimos no se hubiera afectado por el tema salarial"*, es decir, para *"cubrir algo de los transportes que nosotros gastábamos a diario"*

Al margen de dicha versión y pese a que el recurrente considera que no podía desatenderse su factor salarial, dado a la habitualidad del citado auxilio, pues se entregaba al trabajador de forma mensual, para la Sala, no se trata de un pago que por su naturaleza retribuya el servicio o que con ello se pretendiera remunerar como contraprestación directa aquel, en la medida que tal suma, según el mismo demandante, se entregó por mera liberalidad del empleador, es decir, en forma extralegal, dejando entrever que correspondía a una compensación de una necesidad básica de él, es decir, para auxiliar en parte el medio de transporte que utilizaba a diario para dirigirse a su lugar de trabajo, de manera que no tenía una directa relación respecto del servicio prestado por el actor, de allí que también las partes expresamente hayan resuelto restarle esa connotación salarial.

Así las cosas, la Sala no puede darle la razón al recurrente, menos cuando dice que la juez de primer grado cometió un error en la valoración del interrogatorio de parte, pues, contrario a lo esgrimido por la censura, de la aseveración realizada por el actor se desprende una confesión en los términos del artículo 191 del C.G.P., ya que el absolvente al señalar de forma expresa, consciente y libre que en efecto el auxilio voluntario y temporal mensual se entregó para sufragar sus gastos de transporte y no para remunerar su labor, efectuó una manifestación sobre un hecho que le produjo consecuencias adversas y que por ende favorece a la parte demandada.

Entonces, no se le puede atribuir una deficiente valoración probatoria en relación con la confesión que realizó el promotor del proceso en el interrogatorio de parte que se le practicó, en tanto que aquel reconoció, tal como lo infirió la A quo, que la suma brindada por su empleador no se entregaba como contraprestación directa del servicio, sino, como un auxilio para solventar su medio de transporte, lo cual, permite concluir, que a pesar de su habitualidad, de ningún modo constituye ni debe ser tenido en cuenta como factor salarial al momento de liquidar las prestaciones sociales del ex trabajador, pues en términos del artículo 128 del CST, para que tenga dicha naturaleza, además de la citada característica, debe retribuir la labor ejecutada por el trabajador, aspecto que como se dijo no probó el actor, y, por el contrario, con su dicho dejó en evidencia su carácter no salarial debido a que la suma dada por el empleador tenía como fin satisfacer su medio de transporte.

En definitiva, su finalidad no era retribuir el servicio prestado, lo que deja claro, entonces, que los pagos recibidos a título de auxilio voluntario y temporal mensual, además, de haberse previsto expresamente por las partes su condición no salarial y, por ende, ser reconocido por el promotor del proceso expresamente como un pago no constitutivo de salario, todo lo anterior al tenor de lo previsto en el artículo 128 del CST, no reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como una contraprestación directa del servicio y, por tanto, carecen de incidencia salarial.

Por consiguiente, las anteriores razones son más que suficientes para confirmar la intelección a la que llegó la Juez de primer grado, encaminada a no reconocer como factor salarial el auxilio, pues, contrario a lo dicho por la censura, ningún dislate incurrió.

Despido sin justa causa

La parte demandada centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que se demostró durante el devenir procesal la justa causa en el despido del trabajador, en tanto que aquel aceptó tanto en la diligencia de descargos como en la demanda e interrogatorio de parte que se le practicó, las faltas graves que se esbozaron como justificación de la terminación de la relación laboral, lo que deviene en la inviabilidad del pago de la indemnización por despido sin justa causa reconocida.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, al informativo se aportó por las partes la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el literal A, numeral 6 del artículo 62 del CST, en concordancia con el artículo 84 del Reglamento Interno de Trabajo. Decisión que obedeció a que el trabajador admitió la falta cometida en diligencia de descargo practicada el 11 de marzo de 2019, en la que aquel dejó dicho que el 1 de marzo de 2019, luego de haber asistido a una reunión con el empleador que terminó a las 8:00 a.m. y de aceptar la invitación que realizaron sus compañeros de trabajo a desayunar, inició sus labores alrededor de las 11:15 a 11:30 de la mañana, es decir, de forma retardada, aduciendo que tal retraso afectó los indicadores de GPS y de efectividad en sus actividades que debía realizar en el día.

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajador los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con la citación y descargos realizados por la empleadora y la calificación que hizo como "*falta grave en el desempeño de sus funciones*", dado al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el reglamento interno de trabajo, pues así se predica de su simple lectura.

En este punto, es oportuno destacar a propósito de la causal a que se refiere el numeral 6° del citado artículo 62 del C.S.T., que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que deben diferenciarse las dos situaciones consagradas en ese precepto normativo; una de ellas es la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58

y 60 del CST, la cual, constituye por sí misma una falta; y la segunda es cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos, siendo criterio decantado que ante el primer supuesto, quien aplica la norma califica la gravedad de la falta, siendo susceptible de verificación por parte del fallador, y en el segundo caso, esa calificación ha de constar en los actos que consagran la falta.

En ese sentido, en sentencia SL 2457-2018 se señaló lo siguiente:

"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:

Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...

'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal" (Subraya la

Sala).

Así, verificado que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, la cual fue sustentada en una falta grave a las obligaciones estipuladas reglamentariamente, deberá determinarse la ocurrencia del hecho y si la conducta que desplegó está calificada como grave por las partes en el reglamento interno de trabajo.

Ha de empezar por señalarse que ninguna discusión ofrece la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral. En efecto, en diligencia de descargos celebrada el 11 de marzo de 2019, el trabajador admitió que pese a que debía comenzar con sus labores a cargo a las 8:00 a.m., para el 1 de marzo de 2019 se iniciaron a las 11:15 – 11:30 a.m., señalando, además, que su efectividad e indicadores se redujeron en tanto que *"fue del 69% y el GPS estuvo al 92%"* y *"el objetivo era el 85% en efectividad, se está trabajando en mejor indicador, en GPS el objetivo es 95% mínimo. Me faltó cumplir GPS, quedé por debajo del objetivo"*; aspecto que fue ratificado en interrogatorio de parte, justificando su actuar en la invitación que le realizaron sus compañeros de trabajo en virtud de la celebración de sus cumpleaños.

Demostrado como queda la ocurrencia del hecho atribuido en la carta de despido, surge para la Sala verificar si dicho actuar fue catalogado por las partes como falta grave para dar por finalizado con justa causa el vínculo laboral que los ató.

Conforme a lo anterior, la enjuiciada aduce que la conducta desplegada está catalogada como falta grave en el reglamento interno de trabajo, así, verificado el citado documento, en el artículo 93 se consagraron las justas causa para dar rompimiento al contrato de trabajo, erigiéndose en los numerales 1º y 2º del párrafo único, como dos de ellas:

1. El retardo hasta de nueve (9) minutos en la hora de entrada al trabajo, sin excusa suficiente, cuando cause perjuicio de consideración a la empresa, por cuarta vez.
2. La falta total del trabajador al trabajo, en la mañana o en la tarde, o en el turno correspondiente sin excusa suficiente, cuando no cause perjuicio de consideración a la empresa, por tercera vez.

A tono de lo anterior, la Sala evidencia que en el contrato de trabajo las partes pactaron como justa causa para darlo por terminado también:

1. El retardo hasta de quince (15) minutos en la hora de entrada al trabajo, sin excusa suficiente, cuando cause perjuicio de consideración a **LA EMPRESA**, por cuarta vez.

De cara al reglamento de la empresa y contrato de trabajo, es claro que la conducta desplegada por el demandante no constituye de ningún modo de vista una falta grave que dé lugar al despido con justa causa que se efectuó, pues, aunque es cierto que aquel se retrasó en el inicio de sus labores el 1 de marzo de 2019, lo que trajo consigo que no cumpliera con las metas asignadas por su empleador, resultando con su actuar un menoscabo a la situación financiera de la empresa, no obstante, considera la Sala al igual que como coligió la juez de primer grado, que en el diligenciamiento no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar que la conducta calificada como tal, por lo menos se hubiera realizado por parte del actor 4 veces, para así entender que se configuró la causal de terminación con justa causa aducida.

Así las cosas, del análisis efectuado no se deduce el error en que incurrió la juzgadora de primer grado al estimar que no se configuraba la justeza en la finalización de la relación laboral, ya que las documentales arrimadas no enseñan que las partes hayan catalogado

la conducta alegada como falta grave y que, por ende, tenga la virtud de terminar el laborío.

Debe acotar la Sala que si bien es cierto para la censura lo que da la connotación de "gravedad" es el hecho que el trabajador no haya cumplido con la obligación de prestar el servicio personal prometido, por un lapso considerable, que conllevó a un detrimento en la prestación de los servicios que le incumben a su objeto social, no es menos cierto que para la Sala imperativo resultaba demostrar que ciertamente esa conducta que se le endosó en la carta de despido encuadraba con tal carácter dentro de las señaladas en el reglamento interno de trabajo o en el contrato de trabajo, para así justificar el finiquito del nexo contractual.

Significa lo anterior que ante el vacío probatorio es claro que el despido del trabajador deviene sin justa causa y por consiguiente hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa solicitada por este. En consecuencia, al margen de lo expuesto y como quiera que ningún desafuero cometió la juez de primer grado, en lo que hace a este punto de apelación se confirmará su determinación.

Liquidación de la indemnización por despido sin justa causa

Ahora, el distanciamiento de la parte demandante respecto de la sentencia de primer grado gravita en el hecho de haberse liquidado la indemnización por despido sin justa causa con un salario base inferior al utilizado por el empleador para liquidar el auxilio de cesantía o prima de servicios a la finalización del vínculo laboral. Al respecto, al observar la liquidación final de prestaciones sociales, aparece que para liquidar el auxilio de cesantía y prima de servicio el empleador tuvo como base salarial las sumas de \$2.589.917 y \$3.205.000 respectivamente.

No obstante, a pesar de que el empleador tomó como base salarial las citadas sumas en orden de liquidar el auxilio de cesantía y prima de servicios, le asiste razón a la falladora de primera instancia cuando tomó como salario base de liquidación de la indemnización por despido sin justa causa el promedio de lo que devengó el actor, pues así lo establece el artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 del 2002, según el cual *"en los contratos a término fijo, el valor de **los salarios** correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato"*, y no el promedio de la base salarial utilizada para efectos de liquidar las prestaciones sociales.

Debe anotarse que a efectos de encontrar el salario base de liquidación de la indemnización por despido injusto se debe tomar la remuneración básica y las sumas variables que percibió el actor y promediarlas de la proporción del último año de servicios (SL4743-2018) y no las sumas que se definieron como base de liquidación de las citadas prestaciones sociales, fundamentalmente porque en estas últimas en su base salarial pueden estar incluidas factores que legal y convencionalmente fueron definidas para tal efecto entre el trabajador y empleador, además, porque en tratándose de salarios variables, como aquí ocurre, estas son liquidadas con el promedio salarial en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año, en el caso de las cesantías (artículo 253 del C.S.T.) y sobre todos los ingresos salariales del trabajador durante 6 meses o proporcionalmente a ese tiempo trabajado (artículo 306 C.S.T.) en lo que respecta a la prima de servicios, lo cual resulta distinto a la forma en que se deben promediar los salarios base de la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa.

Así las cosas, no fue desacertado para la Sala que la cognoscente de primer grado haya descartado la base salarial tomada para efectos de liquidar el auxilio de cesantía y prima

de servicios por el empleador, precisando, que al no confutarse el monto obtenido de los comprobantes de nómina para efectos de tomar la base salarial de la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa y al no incurrir en el error que se le atribuya la censura, se sigue confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

Costas

Sin costas en esta instancia, ante la no prosperidad de los recursos de apelación propuestos por las partes. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

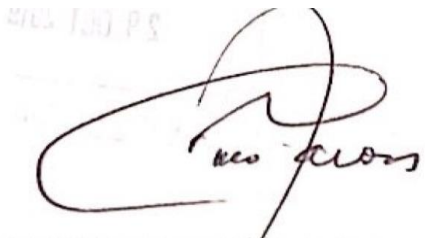
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ANDREA GALLO JARAMILLO Y OTRA
Demandado: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTROS
Radicación: 38-2016-00871-04
Tema: APELACIÓN DEMANDANTE – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Andrea Gallo Jaramillo y Luisa Enith Deluque Vergara instauraron demanda ordinaria contra Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación y Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral entre aquellos y Optimizar Servicios Temporales S.A., conforme a los siguientes extremos:

- Andrea Gallo Jaramillo, entre el 4 de junio del 2015 al 30 de septiembre del 2015.
- Luisa Enith Deluque Vergara, desde el 21 de julio del 2015 al 30 de septiembre del 2015.

Así mismo, solicitaron que se declare que su verdadero empleador fue el Fondo Nacional del Ahorro teniendo en cuenta que Optimizar Servicios Temporales S.A. fungió como simple intermediario al utilizar su naturaleza para mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador y, por tanto, es solidariamente responsable del pago de la totalidad de obligaciones. En consecuencia, pidieron que se condene al citado Fondo y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales S.A. en su calidad de simple intermediario, a cancelar el valor correspondiente a la indemnización moratoria, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales. Ello a partir del desistimiento que se hizo frente a las pretensiones principales y subsidiarias, estas últimas dirigidas al pago de cesantía y sus intereses, prima de servicios y vacaciones, por las demandantes en audiencia del que trata el artículo 77 del CPT y de la SS.

Como sustento de las anteriores pretensiones, señalaron en síntesis que las encartadas suscribieron contrato de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, cuyo objeto fue contratar una EST para el suministro de personal en misión que permitiera cubrir necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro. Dijeron que en cumplimiento de dichos contratos fueron vinculadas de la siguiente manera:

- Andrea Gallo Jaramillo, mediante la modalidad de obra o labor contratada, en el cargo de Comercial I, devengado la suma de \$4.283.250.

- Luisa Enith Deluque Vergara, bajo la modalidad de obra o labor contratada, en el cargo de Comercial I y devengado la suma de \$4.000.000.

Esgrimieron que las funciones desempeñadas corresponden al giro normal de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro, además, que los servicios prestados no eran de carácter temporal, existiendo en la planta de personal de aquellos cargos que ejecutaron. (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 2 a 46)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 230 a 231); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de demanda

3.1. Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones subsidiarias, aduciendo que los trabajadores fueron contratados mediante la modalidad por duración de obra o labor determinada para personal en misión, en el que la duración estaba atada al “*tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratación a juicio de la usuaria*”. Indicó que no hay lugar al pago de la indemnización moratoria, dado que las prestaciones sociales no fueron canceladas debido al proceso de liquidación judicial que impone el agotamiento de etapas procesales para tal efecto, de conformidad con la Ley 1116 de 2006. Propuso como excepciones de fondo las que denominó existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por la demandante, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y genérica. (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 146 a 171)

3.2. Fondo Nacional del Ahorro. En su respuesta al libelo introductor se opuso a las pretensiones subsidiarias formuladas en su contra aduciendo que la parte demandante pretende que se declare empleadora directa, no obstante, dice que tal pedimento se desvirtúa con los contratos comerciales núm. 275 del 29 de noviembre de 2014 y el 147 de 1 de julio de 2015 suscritos con la codemandada, los cuales se encuentra con sujeción a la Ley, teniendo en cuenta las limitaciones de contratación en la planta del Fondo, lo que impuso la búsqueda de mecanismos alternativos y legales para satisfacer necesidades de crecimiento y atención de su objeto, de allí que no se encuentre configurada la intermediación deprecada.

Indicó que Optimizar S.A. en Liquidación fue el verdadero empleador de las demandantes, quien no puede fungir como responsable solidario por un rol de intermediación que no cumplió, dado que el Fondo solo fue la empresa usuaria de los servicios prestados por las actoras como trabajadoras en misión por lo que no procede indemnización alguna. En su defensa formuló como excepción previa la de falta de integración de litisconsorcio y como de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de los demandantes, buena fe, compensación e improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 232 a 273)

3.3. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A. En auto proferido el 2 de marzo de 2020 dentro de audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., el A quo ordenó su vinculación en calidad de Litisconsorte necesario por pasiva y en tal carácter, la citada se opuso a las pretensiones de la demanda inicial señalando que no fue parte de los contratos laborales reclamados en el proceso, por tanto, carece de legitimación en la causa por pasiva. Frente a su vinculación sostuvo que a las

demandantes se les consignó el valor de prestaciones sociales teniendo en cuenta la liquidación realizada por Optimizar Servicios en el proceso que se llevó ante el Ministerio de Trabajo. Refirió que la póliza que cubría el pago de la liquidación de las demandantes es la No. 24DL007987, la cual contaba con un valor asegurado de \$5.154.800.000, suma que fue totalmente agotada, quedando sin valor asegurado y, por tanto, no le es posible asumir pago de indemnización alguna.

En su defensa formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, agotamiento del valor asegurado de la póliza 24DL007987, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y en caso de proceder una indemnización moratoria, ésta quedaría limitada a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización contemplado en la ley 1116 de 2006. (Expediente Electrónico, carpeta 005ContestacionYLLlamamiento20210510, PDF proceso ordinario laboral de Andrea Gallo Jaramillo, Ariel Eduardo Echeverri y Luisa Enith Deluque vs optimizar)

4. Llamamiento en garantía

4.1. Liberty Seguros S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que con las trabajadoras no existió relación jurídica o contractual alguna. Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo sostuvo que, aunque al tomador, asegurado y/o beneficiario de la póliza le asiste derecho de citar en garantía a la aseguradora, no obstante, para que prospere y se produzca condena es necesario que efectivamente exista un contrato de seguros, un siniestro y que no exista causal de exclusión u otro motivo válido que enerve el pago de la indemnización. En virtud de lo anterior formuló como medios exceptivos extinción de las acciones derivadas del contrato de seguro por prescripción de las mismas, la obligación de indemnizar no se ha hecho exigible, falta de demostración de la ocurrencia del siniestro y la cuantía, existencia de otras pólizas de seguros, cobro de lo no debido (restricción de la póliza), límites del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral, compensación y genérica. (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 373 a 403).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de marzo de 2022, en la que el fallador absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas por las demandantes, gravándolas en costas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, indicó, luego de referirse al caudal probatorio, que Optimizar Servicios Temporales S.A. vinculó en el marco de contratos de trabajo por duración de la obra a las demandantes, para desempeñarse en las instalaciones del Fondo Nacional del Ahorro en atención a contratos de prestación de servicios que se suscribieron entre las personas jurídicas con ocasión a incrementos en la producción. Sostuvo que de conformidad con la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, las EST pueden contratar con empresas usuarias con el fin de suministrar personal capacitado y necesario para trabajar en un área de servicio específico que esta última requiera, a fin de que personal suministrado desempeñe temporalmente un oficio o labor por licencia o incapacidad laboral o para apoyar en los incrementos temporales.

Bajo ese horizonte, sostuvo que se encuentra acreditado que Optimizar Servicios Temporales S.A. es una empresa de servicios temporales, cuyo objeto es suministrar trabajadores a las empresas usuarias en caso de incrementos en la producción, de allí que suscribió con el Fondo Nacional del Ahorro dos contratos de prestación de servicios núm. 275 del 29 de noviembre de 2014 y el 147 del 1 de julio de 2015 y que en ejecución de los mismos las demandantes fueron vinculadas como trabajadoras en misión bajo la

modalidad de obra o labor contratada por la vigencia de dichos nexos civiles que se sujetan a las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006.

En esa perspectiva, dijo que el Fondo Nacional del Ahorro no fue verdadero empleador de las promotoras del proceso, ni evidenciaba que Optimizar Servicios Temporales S.A. haya sido un simple intermediario como quiera que no observó que haya actuado por fuera del marco legal, amén que como lo señala la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 2 de febrero de 2006, rad. 2571617, en el marco de la vinculación contractual no se superó el término de 6 meses prorrogable por 6 meses más, para de esta forma entender que se transgredió su límite temporal, a más porque advirtió que la actividad de las demandantes en ese específico momento obedeció a una situación accidental o transitoria que justificó la contratación de la EST ante un incremento de las operaciones del Fondo Nacional del Ahorro.

Precisó que el ejercicio de la subordinación ejercía por el Fondo Nacional del Ahorro es admisible en este tipo de vinculaciones, pues la EST hace una delegación al usuario de esta y el hecho de que desarrollen actividades inherentes al objeto social de la empresa usuaria, tampoco tiene la virtualidad de generar o derivar un vínculo contractual laboral respecto de ella, pues es claro que el incremento de la productividad, es precisamente el desarrollo de actividades que van dentro del giro ordinario de los negocios.

Agregó que aunque la parte demandante insinuó que las demandantes continuaron desarrollando las mismas actividades al servicio del Fondo Nacional del Ahorro en el marco de otros contratos de trabajo con otras EST, dicha circunstancia se exhibe intangible de pronunciamiento en el *sub lite* en la medida que tales aseveraciones no fueron sustento de las pretensiones aquí incoadas, *"al punto que en el presente trámite procesal se alude a la existencia de una vinculación contractual laboral única en unos extremos temporales definidos y finiquitada en el tiempo, al punto que no se admite en el libelo introductorio la continuidad de esa actividad laboral en el marco de ese contrato"*.

Ultimó que aun cuando se llegará a la conclusión de que el verdadero empleador lo fue el Fondo Nacional del Ahorro, las pretensiones de índole económico tampoco tendrían vocación de prosperidad, en la medida que la parte actora admitió que las acreencias derivadas de los contratos de trabajo habían sido canceladas, subsistiendo únicamente el pedimento relativo a la indemnización moratoria en los términos del artículo 65 del C.S.T., disposición que *"no sería la que reglamentará la situación de las demandantes, toda vez de que establecerse que se trataba de trabajadores dependientes del Fondo Nacional del Ahorro, la conclusión a la que debería llegar es que se trata de trabajadoras oficiales y dentro de ese contexto como trabajadoras oficiales no le son aplicables las reglas de derecho individual del que trata el Código Sustantivo del Trabajo (...) lo que conduciría necesariamente a la absolución correspondiente."*

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, **las demandantes**, formularon recurso de apelación aduciendo para tal efecto que las codemandadas actuaron por fuera del ordenamiento legal, pues el Fondo Nacional del Ahorro no demostró que ejerciera actividades accidentales, transitorias o por incremento de producción para contratar personal temporal. Indicaron que los testimonios fueron coherentes al afirmar que no se trató de cargos nuevos y que ejercían funciones propias de su objeto social, las cuales no fueron temporales porque los cargos existían, quedando establecido que continuaron por más de un año y medio.

Refirieron que el Decreto 1072 de 2015 reguló de forma clara cuáles son los requisitos que debe cumplir una EST y las empresas usuarias para que puedan vincular personal en misión, de manera que las convocantes del juicio no fueron vinculadas para cubrir labores ocasionales y transitorias, tampoco las incluyeron para reemplazar vacaciones en uso de

licencia o incapacidad por enfermedad o maternidad. Señalaron que, aunque en los contratos comerciales se manifestó que fue por incremento de la producción no se demostró de forma alguna que se hubiera hecho una política para tener que vincular nuevo personal, máxime cuando laboraron en la oficina del citado fondo.

Precisaron que ante el incumplimiento de la citada norma se desconoce la legalidad de la vinculación y por ello debe declararse que el fondo nacional del ahorro no contrató en legal forma a las demandantes, siendo su verdadero empleador. Esgrimieron que los pagos de sus prestaciones sociales se hicieron de forma tardía y sin justificación alguna, lo cual conlleva a que se cancele la indemnización moratoria.

7. Alegatos de conclusión. El **Fondo Nacional del Ahorro** alegó en su favor que los servicios prestados por las demandantes al Fondo fueron desempeñados bajo la modalidad de contrato en misión, es decir, que la, empresa, Optimizar Servicios Temporales S.A. fungió como verdadera empleadora, bajo los parámetros legales establecidos en la Ley 50 de 1990. Indicó que suscribió contratos comerciales No. 275 de fecha 26 de noviembre de 2014 y el 147 de fecha 01 de julio de 2015 con la citada EST con el fin de cumplir con los objetivos y programas, en atención a las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo y la planeación estratégica 2015-2019.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El A quo erró al no colegir la existencia de una relación laboral entre las demandantes y el Fondo Nacional del Ahorro, fungiendo la empresa de servicio temporal codemandada como simple intermediaria?
- (ii) Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión, tal como lo concluyó el fallador de primer grado?
- (iii) De hallarse positiva la respuesta al primer interrogante, se entrará a determinar ¿Las promotoras del proceso tienen derecho al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con las demandantes, quien señala le prestó sus servicios como trabajadoras en misión enviada por una empresa de servicios temporales, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

"En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita."

Conforme a lo dicho y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que la ató con las aquí demandantes, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajadoras en misión enviadas por la empresa de servicio temporal demandada, ello en atención que las promotoras del litigio en el interregno que estuvieron vinculadas como trabajadoras en misión, ejecutaron actividades en favor del Fondo Nacional del Ahorro que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, de allí que la Sala comparte las afirmaciones de la censura tendientes a atribuirle un desatino al sentenciador de primer grado, habida consideración de que se evidencia con claridad un proceso de intermediación laboral, ya que la entidad no cumplió con las disposiciones que regulan las formas propias de esta clase de vinculaciones señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 en concordancia con el parágrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006,

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que, si bien las señoras Andrea Gallo Jaramillo y Luisa Enith Deluque Vergara prestaron sus servicios a favor del Fondo Nacional del Ahorro, dentro de los hitos temporales, en el caso de la primera, entre el 4 de junio del 2015 al 30 de septiembre del 2015, mientras que la otra desde el 21 de julio del 2015 al 30 de septiembre del 2015, lo cual permitiría concluir a primera vista que no se superó el máximo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, tal como indican las demandadas y el fallador primigenio, no obstante, para la Sala es claro que dicha vinculación no se efectuó con el fin de satisfacer aumentos en la producción, ventas o en la prestación de servicios de la empresa usuaria, lo que lleva a colegir que las labores que realizó fueron una necesidad permanente de aquella.

Esto último, si se atiende al hecho de que en el texto de los contratos de trabajo de obra o labor determinada allegados al instructivo, no se plasmó con precisión y claridad alguna

de las tres causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 a efecto de determinar qué fue lo que originó la vinculación (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 102 a 104 y 109 a 112), al punto que ni siquiera se allegó el contrato civil que celebró el Fondo Nacional del Ahorro con la empresa de servicio temporal, para determinar esa situación, por lo que se desconoce el motivo que llevó a celebrar el negocio jurídico entre estas y que ahora pretenden que se tenga por cierto.

De hecho, llama la atención de la Sala que aunque la empresa usuaria manifestó que el laborío de las actonas con la empresa de servicio temporal se realizó debido al incremento en la producción, no arrió ningún medio de persuasión tendiente a demostrar tal aspecto, es decir, que la vinculación tuviera como propósito cumplir con una necesidad específica de su misión institucional, menos aún de las contempladas en el numeral 3 de la citada disposición, específicamente, para atender incrementos en la producción, como lo pretende hacer ver las accionadas, en la medida que tampoco se probó cuál fue ese acrecentamiento e incrementos de sus actividades que por virtud de la ley le son atribuidas.

Así las cosas, la juez de primer grado incurrió en el yerro endilgado al concluir que las actividades que desarrollaban las trabajadoras correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como incrementos en la producción o en los servicios, pues como ya se dijo, la parte demandada no allegó medio de convicción con miras a demostrar tal aspecto, dejando evidencia, que su vinculación laboral fue un requerimiento permanente de la entidad usuaria, por tanto, debía ser atendido con trabajadores directamente vinculados por ella, de tal manera que, pese a que el periodo en que estuvieron las demandantes ejecutando su actividad laboral no quebrantó los límites temporales de seis (6) meses, prorrogables hasta por seis (6) meses más, no se puede perder de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio tampoco permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que llevan a concluir que las promotoras de la litis fueron vinculadas con la accionada ante la necesidad permanente de contar con esos servicios.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar a las aquí demandantes como trabajadoras en misión de la entidad usuaria, la demandada Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, Fondo Nacional del Ahorro, se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasará a responder solidariamente.

Planteamiento aquel, que impera sin importar la naturaleza jurídica del cargo (vinculación privada u oficial), en tanto que, como ya lo advirtió de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 22 de febrero de 2006, radicación 25717, que "(..) *las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.*" Criterio que se ha mantenido hasta el momento. (SL4330-2020, SL467-2019, SL1228-2018)

Finalmente, la Sala insiste, respecto a la manifestación dada por el A quo referente a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales no excedió el límite temporal, que aquel razonamiento en nada justifica el quebrantamiento de la

disposición legal que gobierna la contratación a través de trabajadores en misión, no solo por las razones antedichas, sino porque como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL3520-2018:

"Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios."

Dicho aparte transcrito de forma extensiva por la Sala, es más que suficiente para que se revoque la sentencia de primer grado, que negó la pretensión subsidiaria declarativa 1.2.1 y 3.2.1, para en su lugar, declarar que el Fondo Nacional del Ahorro es la verdadera empleadora de las aquí demandantes y la empresa de servicio temporal actuó como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de las trabajadoras.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente de la siguiente manera:

- Andrea Gallo Jaramillo, entre el 4 de junio del 2015 al 30 de septiembre del 2015.
- Luisa Enith Deluque Vergara, desde el 21 de julio del 2015 al 30 de septiembre del 2015.

Sobre este aspecto se encuentra probado que las actoras prestaron sus servicios en las datas mencionadas, en tanto que así fue aceptado por la simple intermediaria Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación (contestación a los hechos 1.6°, 1.7°, 3.6° y 3.7° de la demanda), además, por cuanto tal situación fáctica se corrobora con la liquidación final de prestaciones sociales (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 172 y 174); contrato de trabajo (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 175 a 178 y 183 a 185); certificación laboral expedida el 10 de octubre de 2017 (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 219 y 221) y carta de terminación de la relación laboral (Expediente Electrónico, carpeta 01ExpedienteOrdinario, PDF Ordinario 2016-871, págs. 101 y 113)

Por tal razón en lo que concierne a los hitos temporales de la relación laboral lo serán las mencionadas fechas.

Salario

Esta Sala evidencia que el salario se encuentra demostrado con los certificados laborales y comprobantes de pago allegados al plenario, siendo el siguiente:

- Andrea Gallo Jaramillo, la suma de \$4.000.000.
- Luisa Enith Deluque Vergara, la suma de \$4.000.000.

Calificación de la naturaleza del vínculo

Respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, debe señalarse que no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que según el artículo 1° de la Ley 432 de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, organizada como establecimiento de crédito del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase. Por manera que, a voces del artículo 22 del Decreto 1458 de 1998, serán trabajadores oficiales todas aquellas personas que prestan sus servicios, con excepción de quienes desempeñen los cargos de director general, secretario general, subdirectores generales, jefe de oficina asesora de control interno, coordinadores de dependencias regionales, los cuales tendrán la calidad de empleados públicos.

Por lo tanto, tenemos que las demandantes son trabajadoras oficiales, tal como lo concluyó el A quo, dado que prestaron sus servicios personales a favor de la entidad, en el cargo de "Comercial Nivel I", actividad que no está contemplada para ser desempeñada por un empleado público.

Ahora, es necesario precisar que, dada la naturaleza de la entidad, el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los trabajadores oficiales del Fondo Nacional del Ahorro, como quiera que en su artículo 2° establece que para los efectos de la citada norma, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional a la Presidencia de la República, ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado. Así lo dejó sentado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL981-19.

Indemnización moratoria

En virtud del desistimiento que realizaron las demandantes respecto de las pretensiones relativas al pago de cesantía, intereses a las mismas, primas de servicios y vacaciones, la Sala entrará estudiar la indemnización moratoria pretendida, en tanto que aducen las trabajadoras que hay lugar a su pago dado al tiempo que demoró la empresa de servicios temporales en el pago de las citadas acreencias laborales.

Pues bien, por tratarse de un trabajador oficial, la norma a gobernar el asunto es el artículo 1° del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y no la norma sustantiva laboral, como erróneamente lo señala el apoderado judicial de las demandantes. Así las cosas, debe recordarse que la mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Dicha buena fe "*no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley pues, en cualquier caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de*

otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014)."

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues contrario a lo que se dijo en la contestación de la demanda, la simple afirmación de la enjuiciada de creer que actuó con apego a la ley no la exonera de tal sanción, en la medida, que de manera consciente y a pesar de contar con una necesidad permanente, requirió la contratación de las actoras a través de una EST, disfrazando la verdadera calidad de empleadora, aspecto que se reitera, descarta toda posibilidad de colegir que haya actuado de buena fe y por el contrario, pone en evidencia que su conducta no fue recta y leal con las trabajadoras, dada la contratación fraudulenta y en el uso indebido del servicio temporal.

No obstante, sería del caso condenar la indemnización moratoria pretendida por las trabajadoras, sino es porque evidencia esta Corporación que ninguna acreencia laboral debe la citada accionada como consecuencia de la naturaleza del vínculo laboral que unió a las trabajadoras con el Fondo Nacional del Ahorro y que se declara en esta instancia, en la medida que ninguna pretensión de tal índole fue incoada por la parte demandante y por consiguiente se descarta que exista un saldo insoluto que esté pendiente de cancelar por aquella.

Debe precisarse que aunque las demandantes alegan que fue tardío el pago de cesantía, intereses a la misma y prestaciones sociales por parte de Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación, pretendiendo por ello la indemnización moratoria, empero ello no constituye un imperativo para que la Sala acceda a la condena, no solo porque las citadas acreencias laborales deben ser descartadas al provenir de la contratación fraudulenta que hizo la E.S.T. con el Fondo Nacional del Ahorro, sino, además, porque ninguna pretensión fue dirigida con el fin de ordenar alguna acreencia propia de la naturaleza laboral que se declara por esta Corporación, dado el desistimiento que realizaron las demandantes de las mismas, lo que impide a su vez que cualquier suma pagada a las mismas por dichos conceptos tenga vocación para acreditar la solución o compensación de cualquier pago que deba realizar el citado Fondo, aspecto que hace imposible el reconocimiento de la indemnización moratoria.

En consecuencia, si bien hay lugar a declarar la existencia de la relación laboral entre las señoras Andrea Gallo Jaramillo y Luisa Enith Deluque Vergara, no lugar a fulminar condena por ningún concepto, por lo que debe mantenerse la sentencia de primer grado en cuanto absolvió a la demandada de todos y cada uno de los pedimentos elevados en su contra, pero con la advertencia de las razones aquí anotadas, pues son claramente distintas a las que utilizó el cognoscente de primer grado para llegar a esa conclusión.

Costas

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022, en cuanto absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

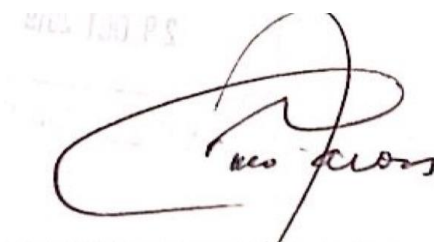
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SANDRA MILENA CEPEDA GÓMEZ
Demandado: FONDO NACIONAL DEL AHORRO
Radicado No.: 18-2014-00599-03
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN PARTES – MODIFICA Y REVOCA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sandra Milena Cepeda Gómez instauró demanda ordinaria contra Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral, en condición de trabajadora oficial, desde el 5 de septiembre 2007 al 12 de febrero de 2013 y, en consecuencia, se disponga a su favor el pago del subsidio de alimentación, prima técnica, primas de servicios, extraordinaria y de vacaciones, estímulo de recreación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación, prima quinquenal, crédito para vivienda, según convención colectiva de trabajo; cesantía, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como sustento de las anteriores pretensiones señaló en síntesis que laboró al servicio de la entidad enjuiciada a partir del 5 de septiembre de 2007 hasta el 12 de febrero de 2013, cumpliendo funciones como personal de apoyo en el grupo de cancelación de hipotecas adscrito a la división de cartera, contratación que operó mediante contratos de trabajo sucesivos con intermediación de varias empresas de servicios temporales, así:

EST	TIEMPO DE SERVICIOS	SALARIO
TEMPONEXOS UNIÓN TEMPORAL	5/09/2007 AL 30/04/2008	\$1.055.464
RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO "ALMA MATER	6/05/2008 AL 16/11/2008	\$1.055.464
RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO "ALMA MATER	15/12/2008 AL 15/03/2019	\$1.055.464
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	16/03/2009 AL 30/01/2010	\$1.055.464
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	5/04/2010 AL 25/03/2011	\$1.055.464

EST	TIEMPO DE SERVICIOS	SALARIO
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	19/05/2011 AL 13/03/2012	\$1.500.000
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	14/03/2012 AL 30/01/2013	\$1.500.000
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	1/02/2013 AL 12/02/2013	\$1.500.000

Refirió que nunca conoció a las personas que representaban a las mencionadas empresas de servicios temporales, como tampoco recibía órdenes de empleados de ésta, sino de funcionarios del Fondo Nacional del Ahorro. Indicó que tenía asignadas funciones de tramitar la cancelación de las hipotecas a los usuarios que hubieren finalizado con el pago de sus obligaciones crediticias con la entidad, en las modalidades de crédito para adquisición de vivienda y educativo. Agregó que los trabajadores tienen derecho a disfrutar de la totalidad de las prestaciones contenidas en la convención colectiva de trabajo 2002-2003, la cual continuó vigente hasta el año 2011, fecha en la que el acuerdo colectivo fue objeto de denuncia por parte del sindicato y motivó la suscripción de una nueva convención con vigencia 2012-2013. (cuad. 1, fols. 4 a 11 y 159).

2. Contestación de demanda

2.1. Fondo Nacional del Ahorro. En respuesta al libelo incoatorio se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, aduciendo que la demandante no tuvo vínculo laboral como trabajadora oficial o empleada pública con el Fondo Nacional del Ahorro, pues de conformidad con las certificaciones allegadas al plenario, aquella celebró contratos con las empresas temporales. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 30° y 31° relativos a que los trabajadores vinculados al FNA tienen derecho a disfrutar de la totalidad de las prestaciones contenidas en el texto extralegal, por expresa disposición del artículo 3° y sus vigencias. Los hechos restantes no los aceptó o manifestó no constarle y en su defensa formuló las excepciones previas de falta de jurisdicción y prescripción y como de fondo que denominó cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación contractual, inexistencia de la relación laboral, prescripción y genérica. (cuad. 1, fols. 174 a 202).

2.2. Sistema Universitario del Eje Cafetero – Sueje. Mediante auto del 2 de octubre de 2015, se ordenó su vinculación en calidad de Litisconsorte necesario por pasiva y en tal carácter, la citada se opuso a las pretensiones del libelo introductor, aduciendo que los contratos laborales que vinculan a la actora, de manera libre y espontánea, dan cuenta de una relación contractual válida, surgidos con ocasión del contrato interadministrativo No. 089 del 30 de abril de 2008 suscrito con el Fondo Nacional del Ahorro, el cual, requería para su ejecución, que la Red Alma Mater, vincule personal. Aludió a que actuó con absoluta independencia, utilizando sus propios medios y gozando de libertad, autonomía técnica y directiva, en aras de cumplir con el objeto convencional.

En lo atinente a los hechos expuso que suscribió contrato de trabajo con la demandante, desde el 6 de mayo al 14 de noviembre de 2008, pactándose la suma de \$1.055.964 como remuneración mensual. Agregó que con posterioridad las partes se vincularon mediante un segundo contrato de trabajo el 15 de diciembre de 2008, que terminó el 15 de diciembre de 2008. Formuló como excepciones previas las de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción, y de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, pago, enriquecimiento sin causa, compensación e innominada. (cuad. 2, fols. 648 a 655).

2.3. Gente Oportuna S.A. En su escrito de intervención se opuso a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que la promotora del proceso estuvo vinculada con Temponexos únicamente desde el 5 de septiembre de 2007 al 30 de abril de 2008, ejecutando el cargo de profesional administrativo, con una remuneración mensual de \$1.055.464. Propuso la excepción previa de prescripción y como de fondo las de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de mala fe, prescripción de las acciones, compensación y genérica. (cuad.2, fols. 767 a 784).

2.4. Nexarte Servicios Temporales S.A. Al dar respuesta a la demanda, se opuso a la prosperidad de los pedimentos solicitados en esta. Respecto de los hechos sostuvo que la demandante laboró para Temponexos – Unión Temporal como trabajadora en misión en el Fondo Nacional del Ahorro entre el 5 de septiembre de 2007 al 30 de abril de 2008, desempeñando el cargo de profesional administrativa. En su defensa formuló la excepción previa de prescripción y como de mérito las de pago, compensación, inexistencia de la obligación, prescripción y genérica. (cuad.2, fols. 876 a 895).

2.5. Temporales Uno A Bogotá S.A.S. La vinculada en su escrito de intervención se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que es una sociedad legalmente constituida para el suministro de personal en misión consagrado en la Ley 50 de 1990, por tanto, cada contrato fue suscrito por separado con la actora y tuvo todo el proceso de ingreso que tiene cada trabajador nuevo, además, aun cuando se presentaron varios contratos de trabajo, esto atiende solamente al hecho de que la trabajadora estaba totalmente capacitada para desempeñar las labores propias de los perfiles que solicitaba la empresa usuaria.

Sostuvo que no se le puede juzgar por vincular una y otra vez a la misma persona, pues la ley no enlista tal prohibición. Como excepción previa formuló la de prescripción extintiva, buena fe del empleador, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, responsabilidad exclusiva del FNA y prescripción. (cuad.2, fols. 985 a 1001).

3. Contestación demanda y llamamiento en garantía

3.1. Seguros del Estado S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor formulado por la demandante, señalando que no le consta ninguno de los hechos incorporados en tal escrito. Respecto del llamado en garantía que se le hizo solicitó tener en cuenta que la relación jurídica de la aseguradora con la EST Uno A Bogotá S.A. (tomador) y el Fondo nacional del Ahorro (asegurado) es eminentemente comercial y se limita a lo estipulado en cada uno de los contratos celebrados y contenidos en las pólizas de seguro de cumplimiento de disposiciones legales 21-43-101002065 y de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 21-44-072169150, 25-44-101023571, 25-44-101033302, 25-44-101043358 y 25-44-101051322, específicamente, a lo referente al objeto del contrato de seguro, al límite de la cobertura, los amparos pactados en las pólizas, la fecha de expedición y vigencia de la misma.

Como medios exceptivos propuso ausencia de responsabilidad del Fondo Nacional del Ahorro por ser las empresas de servicios temporales verdaderos empleadores de la demandante, además, atendiendo a la naturaleza del servicio contratado con las EST y prestado por aquella, prescripción, buena fe, falta de legitimación material en la causa por activa del Fondo Nacional del Ahorro para formular el llamamiento en garantía frente a la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 21-43-101002065, inexistencia de requisitos legales exigidos para hacer efectiva la citada póliza, ausencia de cobertura de las pólizas No. 25-44-101023571, 25-44-101033302, 25-44-101043358 y 25-44-101051322, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros contenido en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 21-44-072169150,

requisitos para hacer exigible la citada póliza, inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora, si se declara relación laboral directa entre la actora y el asegurado, compensación, límite de la responsabilidad, genérica, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguros de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 21-44-072169150 e imposibilidad de afectar las pólizas de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del C.S.T. y artículo 99 de la Ley 50 de 1990. (cuad. 1, fols. 428 a 451).

En lo que hace al llamado en garantía que realizó **Gente Oportuna S.A.S.** se opuso a las pretensiones del escrito introductor formulado por la demandante, señalando que no le consta ninguno de los hechos incorporados en tal escrito. Frente al llamado, peticona que se tenga en cuenta que la relación jurídica de la aseguradora con la empresa Unión Temporal Temponexos (tomador) y el Fondo Nacional del Ahorro (asegurado) es eminente es eminentemente comercial y se limita a lo estipulado en cada uno de los contratos celebrados y contenidos en las pólizas de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 21-44-072169150, y lo establecido en la póliza señalada referente al objeto del contrato de seguro, límite de cobertura, amparos, la fecha de expedición y vigencia de la misma.

Formuló las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación material en la causa por pasiva de la empresa Gente Oportuna S.A.S, para formular el llamamiento en garantía, prescripción, buena fe, imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, caducidad del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, requisitos para hacer exigible la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 21-44-072169150, inexistencia de la obligación, compensación, límite de la responsabilidad, genérica, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguros de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 21-44-072169150 e imposibilidad de afectar las pólizas de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del C.S.T. y artículo 99 de la Ley 50 de 1990. (cuad.2, fols. 1158 a 1176).

3.2. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza. Se opuso a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que no ha tenido relación laboral, civil o comercial alguna con la actora. En lo que hace al llamado en garantía efectuado por el Fondo Nacional del Ahorro expuso que expidió el seguro RO005609, pero aquella póliza no cubre obligaciones laborales o contractuales derivadas de relaciones legales, pues claramente es un seguro de responsabilidad civil extracontractual que tiene naturaleza y un alcance diferente, por tanto, los hechos y pretensiones objeto de esta demanda no son exigibles con cargo a la póliza. Formuló las excepciones de inexigibilidad del seguro de responsabilidad civil extracontractual por hechos y pretensiones objeto de la demanda, inexigibilidad del seguro por expresas exclusiones de hechos y pretensiones de la demanda, ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado como directo empleador o terceros no garantizados por el seguro, prescripción e innominada. (cuad. 1, fols. 521 a 529).

Atinente al llamado en garantía que efectuó la vinculada **Sistema Universitario del Eje Cafetero SUEJE** se opuso y formuló las excepciones de mérito que denominó ausencia de legitimación de la llamante para pretender afectación del seguro, ausencia de cobertura del seguro en caso de ser condenado al asegurador como directo empleador o terceros no garantizados por el seguro, prescripción, inexigibilidad del seguro por ausencia de cobertura temporal de hechos y pretensiones de la demanda, inexigibilidad del seguro por no cobertura de indemnizaciones, horas extras, seguridad social, sanciones por no consignación de cesantías, pensiones, indexaciones, costas, agencias en derecho e

intereses, no cobertura de prestaciones extralegales o convencionales, prescripción y genérica. (cuad.2, fols. 841 a 848).

3.3. Seguros Generales Suramericana S.A. En un mismo escrito, se opuso a las pretensiones de la demanda, coadyuvando la oposición formulada por la sociedad llamante en garantía, Fondo Nacional del Ahorro. Atinente a su llamado en garantía sostuvo que no aseguró el incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores del Fondo Nacional del Ahorro, sin embargo, en caso de una remota afectación del seguro, debe tenerse en cuenta la póliza que fundamenta el llamado, las normas legales y los principios generales de los seguros de daños que describen de manera precisa los amparos, coberturas y límites dentro de los cuales opera el contrato de seguro de cumplimiento en cuestión.

En su defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto del Fondo Nacional del Ahorro, inexistencia de la relación laboral, ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del citado fondo, prescripción, buena fe, genérica, ausencia de realización del riesgo asegurado en el amparo de salarios y prestaciones sociales contenido en la póliza No. 0827964-5, inexistencia de obligación en cabeza de la aseguradora – ausencia de cobertura- inexistencia del siniestro, la póliza 0827964-5 no ampara prestaciones convencionales o extralegales, límite temporal de la cobertura, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones de la póliza de cumplimiento No. 0827964-5, buena fe e innominada. (cuad. 2, fols. 675 a 696).

4. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (cuad. 1, fols. 390 a 394); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de diciembre de 2021, en la que se declaró que entre la actora y el Fondo Nacional del Ahorro, existió tres contratos de trabajo, comprendidos entre el 5 de septiembre de 2007 al 30 de enero de 2010, del 5 de abril de 2010 al 25 de marzo de 2011 y del 19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013, concurriendo en forma solidaria las vinculadas Sistema Universitario del Eje Cafetero – Sueje, Gente Oportuna S.A.S. y Nexarte Servicios Temporales S.A. como integrantes de Temponexos Unión Temporal, Temporales Uno a Bogotá S.A.S.

Por consiguiente, condenó al Fondo Nacional del Ahorro y solidariamente a las citadas vinculadas, así como a la llamada en garantía Seguros del Estado S.A., a pagar por el lapso comprendido entre el 19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013, el subsidio de alimentación, prima de servicios, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estimulación de recreación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación, cesantías de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, indemnización moratoria y costas procesales.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, tuvo como problema jurídico dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, sin solución de continuidad vigente entre el 5 de septiembre 2007 al 12 de febrero de 2013. Con tal propósito y luego de referirse a los elementos del contrato de trabajo en los términos del artículo 22, 23 y 24 del C.S.T., así como al caudal probatorio, sostuvo que la demandante laboró en el Fondo Nacional del Ahorro, a través de distintas empresas de servicios temporales, destacando que ninguna de las demandadas negó la relación indicada entre ellas, aportando copia de dos contratos comerciales de prestación de servicios temporales.

De esta manera, citó los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 2° del Decreto 503 de 1998, para precisar que de cara a los contratos de trabajo por obra o labor que se allegaron, no se indicó cuál sería la obra o labor que debía cumplir la trabajadora, tampoco su duración, ni se expuso que aquellos tuvieran como génesis algunas de las alternativas dispuestas en el artículo 77, *"que de paso a habilitar a la demandada Fondo Nacional del Ahorro a tener trabajadores en misión, para el desarrollo de actividades propias de su misión institucional"*.

Advirtió que no evidencia prueba tendiente a demostrar que la prestación de sus servicios o producción se hubiese incrementado de tal forma que debía hacer uso de la citada figura jurídica y aunque en los distintos contratos de trabajo no superaron los seis meses, prorrogables por otros seis meses, evidenció que la actividad desarrollaba revestía un carácter continuo y permanente del giro ordinario de sus negocios, lo que hacía que esta actividad esté por fuera del objeto de contratación por intermedio de empresas temporales.

Así las cosas, coligió que el verdadero empleador fue el Fondo Nacional del Ahorro, por tanto, responsable de las obligaciones laborales que pudieran causarse en favor de la trabajadora y de manera solidaria las llamadas como litisconsorcio necesario Gente Oportuna S.A.S. y Nexarte Servicios Temporales S.A., integrantes de Temponexos – Unión Temporal, Sistema Universitario del Eje Cafetero – Sueje y Temporales Uno A Bogotá S.A.S.

Precisó que si bien entre las partes se suscribieron ocho contratos de trabajo y a raíz de ello la demandante afirma que no hubo interrupción en la prestación del servicio entre uno y otro, advierte que estos tuvieron tres interrupciones superiores a un mes, por manera, que debía declarar la existencia de tres relaciones laborales, bajo el cargo de profesional y calidad de trabajadora oficial, con una asignación salarial, así:

- Contrato de trabajo del 5 de septiembre de 2007 al 30 de enero de 2010, con un salario de \$1.055.464 hasta el 15 de marzo de 2009 y de ahí en adelante \$1.500.000.
- Contrato de trabajo del 5 de abril de 2010 al 25 de marzo de 2011, con una asignación salarial de \$1.500.000.
- Contrato de trabajo del 19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013, con un salario de \$1.500.000.

Respecto de los beneficios convencionales expuso que al tenor del artículo 3° de las convenciones colectivas de trabajo 2002-2003 y 2012-2014, las cuales fueron aportadas con la respectiva constancia de depósito, los trabajadores oficiales que laboran al servicio del Fondo Nacional del Ahorro son beneficiarios de dichas disposiciones extralegales, de allí que sean aplicables a la demandante. Sentado lo anterior, dispuso pronunciarse acerca de la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, previó a liquidar las prestaciones solicitadas en el libelo genitor,

Frente a ese aspecto, dijo que de conformidad con los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., obra copia de la reclamación administrativa presentada ante la demandada el 30 de abril de 2014, razón por la cual, de cara a la data de finalización de las relaciones laborales declaradas y la fecha en que se radicó la demanda, dijo que operó el fenómeno extintivo del primer y segundo nexo contractual, más no del último vínculo, dado que opera de forma parcial, es decir, sobre las acreencias laborales causadas antes del 30 de abril de 2011.

Tras lo anterior y frente a la prima de navidad citó el artículo 25 de la Convención Colectiva de Trabajo, para indicar que la misma se liquida *"en proporción al periodo laborado para el"*

año 2011, esto es, del 19 de mayo de 2011 al 30 de junio de 2011, teniendo como asignación salarial básica la suma de \$1.500.000, más subsidio de alimentación, como quiera que para este periodo, como se enunció previamente no se generaba al ser superior de 2.55 salarios mínimos legales mensuales, auxilio de transporte por \$63.600 y la bonificación por servicios que corresponde al 50% de la asignación básica de \$462.500, para un total de \$493.993.68. En su totalidad para el periodo laborado en el año 2012, del 1° de enero del 2012 al 30 de junio del 2012, teniendo como asignación básica la suma de \$1.500.000, más subsidio de alimentación, como quiera que para este periodo como se enunció previamente no se generaba al ser superior de los 2.55 salarios mínimos legales mensuales vigentes, más auxilio de transporte por \$67.800 y bonificación por servicios que corresponde al 50% de la asignación básica de \$750.000, para un total de \$815.150. En proporción al periodo laborado para el año 2013, esto es, del 1° de enero de 2013 al 30 de junio de 2013, teniendo como asignación básica la suma de \$1.500.000, más subsidio de alimentación \$294.000, más auxilio de transporte de \$70.500 y bonificación por servicios que corresponde al 50% de la asignación básica \$85.416,67, para un total de \$106.623,81."

Atinente a la indemnización moratoria solicitada sostuvo que la misma no procede de manera automática, sino, que ha de analizarse el elemento de la buena o mala fe, tal como lo ha referido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así, manifestó que, para el 12 de febrero de 2013, la demandada Fondo Nacional del Ahorro, encubrió la verdadera vinculación de la actora, "*pues la labor por ella adelantada corresponde al giro ordinario de sus negocios, es decir, son permanentes en el tiempo, situación que denota su mal proceder*". Dijo que tal actuación generaba la viabilidad de la condena, esto es, la suma de \$50.000 diarios en razón a un salario de \$1.500.000 hasta por 24 meses, esto es, 12 de febrero del 2013 al 11 de febrero de 2015, para un total de \$33.000.000, corriendo a partir de dicha fecha solamente intereses moratorios por el valor relacionado por prestaciones sociales debidas.

En cuanto a la figura del llamamiento en garantía citó el artículo 64 del C.G.P. y con ello significó que Seguros del Estado S.A., en efecto constituyó las pólizas 25-44-101033302, 25-44-101043358, anexo 1 y 4 25-44-101013898 y 25-44-101051322, con vigencias entre el 25 de marzo del 2011 al 25 de marzo del 2015, del 9 de marzo del 2012 al 9 de septiembre de 2015, del 14 de marzo de 2012 al 14 de febrero del 2016, del 28 de febrero de 2012 al 28 de febrero del 2014 y 28 de febrero de 2012 al 28 de febrero del 2016, cuyo amparo versa entre otras por salarios y prestaciones sociales. Indicó que como el periodo de cobertura de la póliza 25-44-101033302 cubre el segmento del tiempo reclamado por la actora, hace exigible la responsabilidad de la compañía. (Cuad.3, CD a fol. 1238).

6. Impugnación y límites del ad quem

6.1. Demandante. En su alzada adujo que su reproche iba dirigido a la norma que la A quo tuvo como fundamento para la condena de la indemnización moratoria, en razón a que, dado al reconocimiento como trabajadora oficial, su fuente normativa no es el artículo 65 del C.S.T., sino, el Decreto 797 de 1949. Así las cosas, consideró que debe ser la norma aplicable al caso en concreto, máxime cuando la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia así lo ha dicho. De otro lado, expuso que para efectos de su liquidación no se debe tomar como base la suma de \$50.000, dado a que la citada suma no se le tuvo en cuenta los factores salariales que se utilizaron para liquidar los beneficios convencionales. (Cuad.3, CD a fol. 1238).

6.2. Fondo Nacional del Ahorro. Formuló recurso de apelación indicando que no existió relación laboral con la demandante, toda vez que fueron las empresas de servicios temporales, quienes para en su momento tenían contrato vigente con la entidad para el suministro de trabajadores en misión, las que suscribieron contratos de trabajo por obra o labor determinada con la demandante, sociedades que tienen la calidad de

empleadores, de conformidad con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por manera que son las únicas obligadas al reconocimiento y pago de acreencias laborales.

Luego de citar la sentencia del 24 de abril de 1997, con rad. 9435, sostuvo que la Ley califica a la EST como empleadora de los trabajadores en misión y dado al contrato de trabajo es obligado directo y exclusivo conforme se desprende del artículo 22 que define dicho nexo contractual. Así las cosas, indicó que cumplió con las obligaciones contractuales pactadas con las EST y que por derecho le correspondía, razón por la que se encuentra exenta de asumir cualquier tipo de responsabilidad sobre las pretensiones expuestas en el libelo demandatorio. (Cuad.3, CD a fol. 1238).

6.3. Temporales Uno A Bogotá S.A.S. Inconforme con la anterior decisión sostuvo que la postura de la Corte Suprema de Justicia en casos como los aquí debatidos, han venido condenado únicamente al Fondo Nacional del Ahorro y en su criterio unificado no han dispuesto la solidaridad de las temporales, tal y como se precisó en sentencias SL2857-2021 y SL4388-2021; en las cuales, se casa la sentencia, pero se condena exclusivamente a las temporales (SIC). Explicó que el anterior referente jurisprudencial se debe a que precisamente las EST no pueden terminar respondiendo bajo la figura del Litis consorcio necesario, ya que fungen como llamadas en garantía, es decir, *"el servicio que se contrata con la temporal, el Fondo Nacional del Ahorro, es un servicio de empleo temporal establecido en la Ley 50 de 1990, artículo 77 y siguientes, Decreto 4369 de 2006, Decreto 1072 de 2015, allí está reglamentado el servicio."*

De otro lado, indicó que se presentó a una licitación pública con una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en virtud de lo dispuesto en la Ley 80, accediendo a un servicio que requería el Fondo Nacional del Ahorro, situación que conlleva a que, siendo una actuación propia del Estado, haya tenido la confianza de que el servicio requerido fuese legal y transparente, de allí que terminó accediendo a prestar el servicio, ciñéndose a la contratación estatal. Refirió que prestó un servicio en las condiciones que se dieron, es decir, según se informó a un aumento en la producción, estableciéndose por el FNA los salarios que iban a devengar las personas, pero sin que le comunicara la existencia de una convención con los trabajadores.

Precisó que la demanda inició en contra del Fondo Nacional del Ahorro, por manera que su vinculación fue con la finalidad de demostrar que el servicio temporal se cumplió a cabalidad, aspecto que probó en tanto que se hicieron pagos de sus acreencias laborales, al punto que se le está condenando por derechos extralegales. Insistió en que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha condenado únicamente al citado Fondo, por consiguiente, debe ser absuelta de la solidaridad condenada. (Cuad.3, CD a fol. 1238).

6.4. Nexarte Servicios Temporales S.A. Refirió en su alzada que como integrante de la unión temporal Temponexos, tuvo un vínculo laboral con la demandante que fue autónomo e independiente a cualquier otro nexo anterior o posterior, de allí, que no es factible que se le pueda atribuir alguna situación o acto del Fondo Nacional del Ahorro o de otra empresa de servicios temporales, como quiera que se trata de sociedades ajenas e independientes. Aseguró que ninguna de las pretensiones de la demanda está dirigida en contra de la temporal, por lo que no existe legitimación en la causa por pasiva para emitir condena alguna en su contra, a más porque en la fijación del litigio no se estableció condena solidaria por eventuales acreencias laborales que tuviese que responde el Fondo Nacional del Ahorro.

Refirió que el vínculo laboral correspondió entre el 5 de septiembre del 2007 al 30 de abril del 2008, primera relación contractual que sostuvo la demandante, de manera que como la juzgadora puso de presente una intermediación laboral y que aquello era sin solución de continuidad, cualquier situación posterior es independiente y ajena a la temporal, "y

que en todo caso, contrario a lo que expresó el juzgador, se tiene debidamente probado que la demandante fue contratada a través de un contrato individual por obra o labor de trabajador en misión, para una obra o labor específica", la cual también se encuentra demostrada dentro del plenario, dado que entre la unión temporal y el Fondo Nacional del Ahorro existió un contrato estatal de núm. 035 del 2007 y que fue en virtud de este, que se vinculó a la demandante, bajo la causal de aumento de producción, misma que también se halla acreditada.

Reparó en que no se superó el término previsto en la Ley 50 de 1990, por lo que no son atribuibles otros vínculos que le fueron adjudicados. Expuso que como quiera que la cognoscente de primer grado declaró la prescripción de los derechos que pudieran surgir del contrato de trabajo entre el 5 de septiembre de 2007 al 30 de enero de 2010, no puede ser condenada a ningún pago en forma solidaria respecto de acreencias declaradas como prescritas, máxime cuando la demandante no radicó petición tendiente a interrumpirla. De otro lado, señaló que en lo que hace a la prima de navidad, esta fue liquidada con un salario y extremos temporales diferentes al probado, debiendo liquidarse hasta el 12 de febrero de 2013. (Cuad.3, CD a fol. 1238).

6.5. Gente Oportuna S.A.S. Como fundamento de su recurso de apelación sostuvo que en el escrito de la demanda nunca hubo una pretensión por parte de la demandante en contra de las empresas temporales vinculadas como Litis consorcio necesario. Indicó que no tuvo la oportunidad para defenderse de la solidaridad condenada, observándose que la juez con la sentencia reformó la demanda, siendo este un hecho claramente violatorio del debido proceso.

Refirió que el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S. la faculta para una condena ultra y extra petita, sin embargo, esta se limita a lo que se demuestre y que coincida con los hechos y las pretensiones de la demanda, aspecto que no ocurre, pues al no existir un pedimento en materia de solidaridad, no podía la cognoscente de primer grado disponerla. Expuso que dentro de la vinculación que se produjo entre la actora y la unión temporal se cumplieron con todos los requisitos y lineamientos establecidos en la Ley 50 de 1990, al punto que no se superó el término de los seis meses iniciales, para el trabajador en misión, además, como fue la primera vinculación la prescripción operó sobre la solidaridad impuesta. (Cuad.3, CD a fol. 1238).

6.6. Seguros del Estado S.A. Esbozó en su recurso de apelación que la A quo desconoció el artículo 68 del C.G.P., el cual dispone que, si la notificación del llamamiento en garantía no se logra dentro de los seis meses, el mismo será ineficaz. En tal orden, indicó que fue notificado un año después de que fue admitido su llamado, lo cual devino en una vinculación extemporánea, por el cual el llamamiento en garantía resulta inoperante.

De otro lado, expuso que la falladora de primer grado omitió lo normado en el Estatuto Único de la Contratación, así como los Decretos 4228 de 2008 y 2493 de 2009 y, lo determinado en las condiciones generales, carátula y clausulado de las pólizas, a más porque no concurren los presupuestos necesarios para poder afectar los contratos de seguro, en tanto, que al declararse que el Fondo Nacional del Ahorro es el verdadero empleador de la actora, tal aspecto no es cobertura de la póliza, pues el amparo del seguro cubre a los perjuicios que pueda sufrir el citado Fondo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales imputables directamente por las empresas contratistas, máxime cuando no existe solidaridad laboral alguna.

Precisó que la aseguradora no es solidaria responsable de la condena, ya que en virtud de la naturaleza propia del contrato de seguros, la compañía solo se compromete amparar el riesgo establecido, concretamente a sus condiciones generales, por lo que "al declarar

que Seguros del Estado debe responder en la forma en la que fue dictada por las condenas en las que fueron dispuestas en el fallo, pues se desconoce contractualmente lo pactado en la póliza por la cual fuimos llamados y se desconoce, pues, lo determinado en el artículo 1079 y 1089 del Código de Comercio, (...) por lo cual la indemnización eventual que deba ser determinada por Seguros del Estado (...) no puede superar el interés asegurado de conformidad con las condiciones establecidas y contrato de seguro correspondiente"

Agregó que la juez primigenia desconoce lo normado en el artículo 1081 del Código de Comercio, es decir, la prescripción del seguro, debiéndose ser declarada, dado a que los amparos determinados en la póliza se encuentran atados al contrato estatal núm. 035 de 2007, mismo que terminó el 20 de noviembre de 2009, de manera que los dos años se cumplieron en el año 2011 y la demanda fue radicada en el año 2014. Sostuvo que en las condiciones de la póliza no están comprendidos pagos relacionados con beneficios convencionales, vacaciones, por lo cual la aseguradora no estará llamada a responder por este tipo de conceptos.

6.7. Sistema Universitario del Eje Cafetero SUEJE. Esgrimió como fundamento de su alzada que, si bien suscribió dos contratos de trabajo con la demandante, los mismos fueron de obra o labor determinada, frente a los cuales, se le pagaron todas las prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral. Indicó que no hay lugar a ordenar un doble pago a prestaciones sociales que ya fueron reconocidas a la actora. (Cuad.3, CD a fol. 1238).

7. Alegatos de conclusión

7.1. Demandante. Solicitó que se modifique la decisión respecto a la indemnización moratoria, en el entendido de que, la norma aplicable a los trabajadores oficiales, es el Decreto 797 de 1949 y no el artículo 65 del C.S.T. Así mismo, pidió que se liquiden las condenas impuestas, incluyendo la indemnización moratoria, sobre la base del salario devengado y que surge de la sumatoria de los factores señalados en la convención colectiva y no únicamente, sobre la base del sueldo básico, tal y como liquidó el juzgado.

7.2. Nexarte Servicios Temporales S.A. Alegó en su favor aduciendo que ninguna de las pretensiones de la demanda estaban dirigidas contra la Unión Temporal, por tanto no era procedente que proferiera condenas no solicitadas en su contra. Indicó que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia del 5 de septiembre de 2007 al 30 de abril de 2008, mismo que fue autónomo e independiente y no superó un año de duración, de ahí que no se transgredieron las disposiciones legales que regulan la temporalidad de los trabajadores en misión.

7.3. Gente Oportuna S.A.S. Indicó en su escrito que erradamente la A Quo condenó solidariamente a la sociedad aun cuando en el escrito de la demanda no existió ninguna pretensión dirigida contra la misma, hecho violatorio al derecho del debido proceso. Refirió que durante la vigencia de la relación laboral entre las partes se cumplieron todos los requisitos establecidos en la ley 50 de 1990, el cual permite a los usuarios de las empresas de servicios temporales contratar con estas a trabajadores en misión por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

7.4. Liberty Seguros S.A. Sostuvo que se encuentra plenamente demostrado que la demandante prestó sus servicios misionales al FNA a través de Empresas de Servicios Temporales, en atención a la habilitación legal del numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Indicó que existe ausencia de siniestro para la póliza de seguro emitida por Seguros Generales Suramericana S.A. para salvaguardar los intereses del FNA durante el vínculo contractual que dicha entidad tuvo con Temporales Uno A Bogotá S.A., además, que inexistencia de responsabilidad de la citada asegura por ausencia de cobertura de la

póliza de seguro de cumplimiento expedida frente a las obligaciones que como eventual verdadero empleador le asistirían al Fondo Nacional del Ahorro.

7.5. Fondo Nacional del Ahorro. Aseguró que las pretensiones invocadas con el escrito de la demanda, derivan de la supuesta existencia de un contrato realidad entre la actora y el fondo, determinación que erradamente se concluye, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del CST, no se pudo demostrar la coexistencia de elementos esenciales, que derivan del contrato realidad. Refirió que no se puede contemplar la condición de empleador en tanto que las EST ostentaron tal calidad y por ende son las responsables del pago de las acreencias requeridas por la actora; lo anterior, teniendo como fundamento el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor del Fondo Nacional del Ahorro en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre la actora y el Fondo Nacional del Ahorro, fungiendo las empresas de servicio temporal como simples intermediarias?
- (ii) Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?
- (iii) De hallarse positiva la respuesta al primer interrogante, se entrará a determinar ¿El actor es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Fondo Nacional del Ahorro y Sindefonahorro y, por ende, tiene derecho al pago del subsidio de alimentación, prima técnica, bonificación de servicios y demás emolumentos que fueron ordenados por la A quo su pago?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar, en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la demandante, advirtiendo que le prestó sus servicios como trabajadora en misión enviada por varias empresas de servicios temporales, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de ésta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

“En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.”

Conforme a lo dicho y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda y de contera en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que la ató con la aquí actora, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajadora en misión enviada por empresas de servicios temporales, ello en atención que la promotora del litigio en el interregno que estuvo vinculada como trabajadora en misión, ejecutó actividades en favor del Fondo Nacional del Ahorro que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo esta Sala en forma integral las intelecciones a las que llegó la sentenciadora de primer grado, cuando declaró probado el nexo laboral con el encartado.

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que la señora Sandra Milena Cepeda Gómez, prestó sus servicios a favor del citado Fondo por un lapso superior a 6, para ejercer el cargo de profesional administrativo, pues, así se logra desprender de los contratos de trabajo y certificaciones laborales adosadas al plenario, que dan cuenta de lo siguiente:

EST	CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO	Folio
TEMPONEXOS UNIÓN TEMPORAL	OBRA O LABOR	5/09/2007 AL 30/04/2008	PROFESIONAL ADMINISTRATIVO	Cuad.1, fols. 12 a 14
RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO "ALMA MATER	OBRA O LABOR	6/05/2008 AL 16/11/2008	PROFESIONAL ADMINISTRATIVO	Cuad.1, fol. 15
RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO "ALMA MATER	OBRA O LABOR	15/12/2008 AL 15/03/2009	PROFESIONAL ADMINISTRATIVO	Cuad.1, fol. 16 A 18, 20 y 21
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	OBRA O LABOR	16/03/2009 AL 30/01/2010	PROFESIONAL DE APOYO	Cuad.1, fol. 19
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	OBRA O LABOR	5/04/2010 AL 25/03/2011	PROFESIONAL DE APOYO	Cuad.1, fol. 19, 22 a 24
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	OBRA O LABOR	19/05/2011 AL 13/03/2012	PROFESIONAL DE APOYO	Cuad.1, fol. 19, 26 a 28
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	OBRA O LABOR	14/03/2012 AL 30/01/2013	PROFESIONAL DE APOYO	Cuad.1, fol. 19, 29 a 31
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	OBRA O LABOR	1/02/2013 AL 12/02/2013	PROFESIONAL DE APOYO	Cuad.1, fol. 19, 32 y 33

Del acopio probatorio se desprende que la prestación del servicio fue siempre una necesidad permanente de la usuaria, además, no se observa que se hubiera plasmado en el texto de los contratos alguna de las tres causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 a efecto de determinar cuál fue la que originó la vinculación y, si bien el Fondo Nacional del Ahorro y las empresas de servicio temporal manifestaron que las labores contratadas tuvieron como finalidad atender incrementos en la producción, lo cierto es que sobre tal aspecto no se allegó medio de convicción tendiente a su demostración, en tanto, solo se limitaron a arrimar al proceso contratos de prestación de servicios celebrados entre ésta y las temporales, mismos en los que no se describen cuál fue el citado aumento y en todo caso, tampoco presentaron probanzas que comparativamente permitieran evidenciarlo. A lo anterior se suma que, está demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, de cara a la vigencia de los citados contratos de trabajo.

Así las cosas, la juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba la actora no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria, estas debían ser atendidas con un trabajador directamente vinculado por ella. De manera que, aunque en el transcurso del tiempo hubo múltiples nexos contractuales con las EST, no puede perderse de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio no permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que permiten concluir que la promotora de la litis continuó vinculada con la accionada ante la necesidad permanente de contar con sus servicios, que se extendió por más tiempo del legalmente previsto para el trabajo en misión.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar a la aquí demandante como trabajadora en misión de la entidad usuaria, las demandadas Empresa de Servicios Temporales, pasan a ser empleadores aparentes y verdaderos intermediarios que ocultan su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, el Fondo Nacional del Ahorro, se considerará su empleador, y por ende, las temporales, pasarán a responder solidariamente, sin que para ello sea necesario que en el libelo introductor se solicite específicamente su solidaridad, en tanto que esta nace por mandato legal.

En ese sentido, a propósito de los recursos de apelación propuestos por las empresas de servicios temporales, en los que hacen alusión a que el juzgador de primera instancia quebrantó el principio de congruencia o el debido proceso, en tanto que analizó un tema que no fue propuesto en el libelo incoatorio, tampoco debatido en el proceso, debe decirse que dicho argumento no es de recibo para esta Sala, pues no puede considerarse que la responsabilidad solidaria de cara a la vinculación laboral que se pretende, haya quedado por fuera del ámbito de la demanda, en tanto que al emprenderse el estudio y concluirse que la empresa usuaria fue el verdadero empleador, siendo las empresas de servicio temporal meros intermediarios o empleadores aparentes, es obvio que se impone analizar la responsabilidad que se deriva de tal solicitud, ya que nace implícitamente de la disposición legal; de ahí que sea desacertada la alzada.

En este punto, también se equivoca el apoderado judicial de la demandada Temporales Uno A Bogotá S.A.S., cuando aduce que en sentencias SL2857-2021 y SL4388-2021 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso que las empresas de servicios temporales no son responsables solidariamente de las condenas impuestas a la usuaria, en los casos como los aquí debatidos, pues leídas con detenimiento, se concluye

que la citada Corporación de ninguna manera concluye tal aserción. Es decir, no es verdad que en su facultad de interpretación judicial haya fijado un alcance diferente a lo normado en el artículo 35-2 del C.S.T., ni menos tendiente a que aquellas deban ser exoneradas de la solidaridad adherida en la preceptiva normativa, lo que se advierte es que los motivos que no dieron paso a la condena frente a las empresas de servicios temporales, estuvieron circunscritos a la forma en cómo se propuso el cargo y el alcance de la impugnación expuesto por el casacionista.

Bajo ese contexto, no es factible considerar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su rol de máxima autoridad de la jurisdicción laboral, haya definido otros alcances de la norma en punto a que las empresas de servicios temporales deban ser exoneradas de la responsabilidad solidaria de las condenas que se imponen al Fondo Nacional del Ahorro, como mal lo aduce la apelante. De hecho, no podría fijar tal alcance debido a que las sentencias SL2857-2021 y SL4388-2021 fueron dictadas por la Sala de Descongestión de esa Corporación, misma que no tiene competencia para variar el criterio que a propósito la Sala Permanente ha mantenido de vieja data, según el cual, cuando el usuario ficticio se considera como verdadero patrono, las empresas de servicios temporales pasarán a responder solidariamente por las obligaciones laborales, conforme al ordinal 3 del artículo 35-2 de la norma sustantiva. (Sentencias del 22 de febrero de 2006, Rad. N° 25717, 2 ag. 2011, rad. 35988 14 de agosto de 2012, rad. 41398, SL6107-2014, SL17025-2016, SL1170-2017, SL1228-2018, SL4330-2020, SL4162-2021, entre otras)

Por consiguiente, resulta evidente, entonces, que el apoderado judicial de la citada EST pretende con su argumentación se desconozca abiertamente el criterio que ha fijado la máxima Corporación judicial en los asuntos como los que hoy atañe el estudio de la Sala, sin exponer una razón válida; al punto que para fundamentar su apelación varió el alcance dado al criterio que por muchos años se ha mantenido por la Corte Suprema de Justicia y en su afán de tildar de errónea la sentencia de primer grado, realiza una cita deliberadamente inexacta y contraria a lo que en verdad se analizó en las sentencias SL2857-2021 y SL4388-2021, lo que obliga a esta Sala de Decisión Laboral a recordar *"que los apoderados judiciales tienen el deber de «proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos» y de «obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales», así como de abstenerse de realizar «citas deliberadamente inexactas», so pena de recibir las sanciones correspondientes (arts. 78 # 1 y 2 y 79 del Código General del Proceso)."* (AC2730-2021)

Por lo dicho, se mantendrá incólume la decisión de primer grado, no sin antes precisar que respecto a la manifestación contenida en la apelación de las vinculadas a la litis referente a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales no excedió el límite temporal, en tanto que entre una y otra vinculación no se superó el año o seis meses y hubo interrupciones superiores a treinta días, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL3520-2018, se refirió puntualmente sobre el tema:

"Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios."

Dicho aparte transcrito de forma extensiva por la Sala, es más que suficiente para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que hace a qué el Fondo Nacional del Ahorro es verdadera empleadora de la aquí demandante y las empresas de servicios temporales actuaron como simples intermediarias, motivo por el cual están obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de la trabajadora.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a la demandante con la entidad pública se dio a través de una verdadera vinculación laboral, le compete a la Sala establecer los extremos de dicha relación. En ese sentido, la juzgadora de primera instancia dedujo que las partes no estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo, sino, no por varios de cara a la solución de continuidad de la relación laboral.

En efecto, la juez de primer grado no se equivocó al colegir de las documentales adosadas al plenario por el extremo activo, en especial los contratos de trabajo y certificaciones laborales, que las mismas no conducen a demostrar que la actora hubiera trabajado de forma ininterrumpida, como consecuencia de periodos de solución de continuidad que se presentaron entre cada uno de los contratos suscritos con las empresas temporales, tiempo durante el cual no se acreditó haber prestado sus servicios.

Es preciso destacar por esta Corporación que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral "*solo se consideran aparentes o formales las interrupciones cortas entre la finalización y la iniciación de uno y otro contrato, entendidas como aquellas inferiores a un mes, por lo que las que sean superiores, permiten inferir la intención de las partes de no darles continuidad*" (SL574-2021); en el caso sometido a estudio, es claro que, de los citados medios de convicción, existen lapsos superiores a 30 días que no permiten presuponer la no solución de continuidad de la prestación de servicios de la trabajadora entre el 30 de enero de 2010 al 5 de abril del mismo año y del 25 de marzo al 19 de abril de 2011.

Por tal razón, no erró la cognoscente de primer grado al declarar la existencia de tres relaciones laborales, en tanto que aquella fue fragmentada en la medida que no podía predicarse la existencia de un solo contrato de trabajo, al igual que en lo que concierne a sus hitos temporales. No obstante, desde ya debe precisar la Sala que, pese a que se declaran tres nexos contractuales, incumbe evaluar las condenas que pudiesen causarse por el tercero de aquellos, cuya vigencia corresponde entre el 19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013, que atañe a la última vinculación laboral continua entre las partes, según criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencias SL381-2021, SL3570-2020, SL2345-2018 y SL3215-2018.

En esta última decisión se indicó:

"Sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, por lo menos el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes y que aparezca acreditado, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.

Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:

[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se

debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes. Es así como, en sentencia de la CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, en un proceso análogo seguido contra el mismo ISS, se puntualizó:

En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes (Resalta la Sala).

El anterior criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL14969-2017, rad. 52813; CSJ SL13444-2017, rad. 50565; y CSJ SL087-2018, rad. 51340."

Así las cosas, la Juzgadora de primer grado si bien no erró al declarar la existencia de tres contratos de trabajo, en la forma antes dicha, si desatinó al acoger el estudio de los dos primeros contratos de trabajo, cuando adujo que sobre ellos debía operar la excepción de prescripción, pues, con acopio al citado precedente jurisprudencial, debió de fallar *minus petita* y entrar a resolver las condenas que pudiesen causarse de la relación laboral entre el 19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013, así como la excepción de prescripción que pudiese afectar las mismas.

Por la misma razón se equivocó al concluir que Temponexos Unión Temporal, integrada por Nexarte Servicios Temporales S.A. y Gente Oportuna S.A.S., así como al Sistema Universitario del Eje Cafetero SUEJE, debían ser solidarias de la totalidad de las condenas que se impusieron frente al último contrato de trabajo declarado, pues, además de que estas no participaron en la citada contratación, esto es, la comprendida entre el 19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013, tampoco podían entrar a responder solidariamente al descartarse el estudio de las pretensiones patrimoniales de las dos relaciones laborales iniciales, tal y con acierto lo aducen las citadas vinculadas en sus recursos.

Por lo anterior, se modificará el fallo confutado, para en su lugar evaluar las condenas que pudiesen causarse por el contrato de trabajo, cuya vigencia tuvo lugar entre el **19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013**, con el consecuente estudio de la excepción de prescripción, además, para declarar responsablemente solidariamente de aquellas únicamente a **TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.**

Salario

Respecto de la remuneración para proveer sobre el monto de cada una de las condenas, será la que adujo la juez primigenia, quien indicó que el salario devengado corresponde a la suma de \$1.500.000, mismo que se mantuvo durante la vigencia de la relación laboral entre el 19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013, según se desprende de las certificaciones atrás esgrimidas.

Calificación de la naturaleza del vínculo

Respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, debe señalarse que no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que según el artículo 1° de la Ley 432 de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase. Por manera que, a voces del artículo 22 del Decreto 1458 de 1998, serán trabajadores oficiales todas aquellas personas que prestan sus servicios, con excepción de quienes desempeñen los cargos de director general, secretario general, subdirectores generales, jefe de oficina asesora de control interno, coordinadores de dependencias regionales, los cuales tendrán la calidad de empleados públicos.

Por lo tanto, tenemos que la actora es trabajador oficial, tal como lo concluyó la A quo, dado que prestó sus servicios personales a favor de la entidad, en el cargo de "profesional administrativo", actividad que no está contemplada para ser desempeñada por un empleado público, por manera que se sigue confirmar la sentencia proferida en primer grado en lo que hace a este tópico.

Ahora, es necesario precisar que, dada la naturaleza de la entidad, el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los trabajadores oficiales del Fondo Nacional del Ahorro, como quiera que en su artículo 2° establece que para los efectos de la citada norma, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional a la Presidencia de la República, ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, entre los cuales no se incluyeron a las empresas Industriales y Comerciales del Estado. Así lo dejó sentado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL981-2019.

Aplicación de la convención colectiva de trabajo

En torno a la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo con vigencia 2002-2003 y 2012-2013, se tiene que aun cuando en efecto no obró afiliación de la actora al sindicato Sindefonahorro y el artículo 470 del CST dispone que, las convenciones colectivas de trabajo solo aplican a trabajadores sindicalizados, no puede olvidarse que por excepción, en términos del artículo 471 del CST, se hace extensiva a los trabajadores no sindicalizados, siempre que la organización sindical esté conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa o cuando los beneficios consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos aquellos por voluntad de las partes suscriptoras.

Bajo ese contexto, es claro que, aunque a la actora en principio no se le puede ser extensiva la norma extralegal sobre la cual aspira sus pretensiones de índole económico,

al no estar afiliada a la agremiación sindical, también lo es que, en el presente caso, entre la agremiación sindical y la encartada se dejó sentado en los textos extralegales allegados al cartapacio, que su aplicación lo sería a todos los trabajadores oficiales que laboran al servicio del Fondo Nacional del Ahorro, sin condición alguna. A lo que se suma que se demostró que la organización sindical está conformada por lo menos por la tercera parte del total de los trabajadores, según se aduce en comunicación emitida por la asociación sindical y que obra a folio 150 del expediente.

Así las cosas, deben hacerse extensivos los convenios colectivos cuando quiera que las partes contratantes de aquel pactaron que su aplicación lo sería a todos los trabajadores de la entidad accionada, calidad que se encontró probada al señalarse que su verdadero empleador lo fue el Fondo Nacional del Ahorro, en tanto que se desdibujó la legalidad y legitimidad de la vinculación temporal bajo la condición de una trabajadora en misión, razón por la que frente a este punto también se confirma la decisión de primer grado.

Excepción de prescripción

En lo atinente a la excepción propuesta, es dable memorar que las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En este punto es necesario precisar que, al haber tenido la actora la calidad de **trabajadora oficial**, el término prescriptivo de las prestaciones sociales a la fecha del finiquito debe contabilizarse una vez vencidos los 90 días calendario que tiene la administración para el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones.

(CSJ SL 3503-2019).

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en sentencia SL 981-2019, en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*, sin embargo, como se señaló precedentemente, en tratándose de trabajadores oficiales su exigibilidad se traslada a la fecha de **vencimiento de los 90 días** calendario que tiene la accionada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Respecto de la compensación de las vacaciones, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 *«causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho»*, premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas (negritas fuera de texto).

Así mismo, conforme al art. 46 del Decreto 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de **30 días para solicitarlas**, a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»* Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador).

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles.

Aclarado lo anterior y como se anotó en precedencia, se reclaman derechos laborales causados en el curso de la relación laboral y a la finalización de esta. Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el **19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013** y que los **90 días** calendario con que contaba la demandada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones vencieron el **12 de mayo de 2013**, la actora tenía hasta el **12 de mayo de 2016** para efectuar la **reclamación administrativa** tendiente a interrumpir la prescripción, misma que surtió el **30 de abril de 2014**, habilitando nuevamente el término de 3 años para iniciar la acción judicial, el cual fue atendido en razón a que la **demand**a fue radicada el **18 de septiembre de 2014**, en consecuencia, puede concluirse que no operó la prescripción para reclamar las acreencias laborales exigibles a la terminación del contrato.

Ahora, como algunas de las acreencias laborales reclamadas son de **carácter periódico**, definidas como aquellas que el empleador está obligado a pagar mientras esté vigente el contrato en forma continua o repetida, resultan en este caso prescritas aquellas no reclamadas dentro de los tres años de la prescripción ordinaria, es decir, aquellas que su exigibilidad tuvo lugar 3 años antes de la reclamación administrativa. En esas condiciones, tampoco operó la excepción de prescripción propuesta, si se tiene en cuenta que no transcurrió el término trienal del que trata las preceptivas señaladas.

Conforme a lo anteriormente dicho, la Sala deberá modificar la sentencia consultada y apelada, debido a que la juez de primer grado dispuso que el fenómeno jurídico de la prescripción operó para las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 30 de abril de 2011, incurriendo en un error dado que al cabo de esa fecha no había surgido el vínculo laboral objeto de análisis.

Beneficios Convencionales

• Subsidio de alimentación

El art. 24 de las CCT señalan:

*"A partir de la vigencia de la presente Convención, la Empresa reconocerá un **subsidio** mensual de alimentación, para los cargos que a 31 de diciembre de 2001 tenían una asignación básica mensual de hasta setecientos treinta mil setecientos dos pesos (\$730.702) moneda corriente, una suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente. El valor reconocido en este artículo tendrá un factor salarial y prestacional equivalente al diez por ciento (10%) de la asignación básica mensual sin que en ningún momento supere el valor mensual de dicho subsidio.*

En caso de que el valor a pagar dé una suma resultante en cientos mayor a quinientos un pesos (\$501.00) ésta se aproximará al mil siguiente y en caso de resultar igual o menor a quinientos pesos (500.00) pesos se aproximará al mil anterior". (negritas fuera de texto)

No obstante, de acuerdo con el salario determinado por la A quo y que convalidó esta Sala, se tiene que la accionante no se encuentra dentro del rango previsto en la norma, pues superó el tope que estipula el texto extralegal. Acotando que, aunque en el artículo 18 del texto convencional se señala que los trabajadores que a 31 de diciembre de 2001 tuviesen una asignación básica mensual superior a \$730.702 se les reconocería un **beneficio** de alimentación, no hay lugar a ordenar su pago en razón a que no fue solicitado en el libelo incoatorio; a lo que se suma el grado jurisdiccional de consulta a favor de la enjuiciada que impide hacer más gravosa su situación.

Por lo tanto, se revoca esta decisión, misma que condenó a la encartada de su pago.

● **Bonificación por servicios prestados**

Dispone el literal I del artículo 25:

I.- Bonificación por Servicios Prestados: El Fondo Nacional de Ahorro ha venido reconociendo y pagando a sus trabajadores, una Bonificación por Servicios Prestados, equivalente al 50% o al 35% del valor resultante de la suma de la asignación básica más los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, dependiendo de los niveles establecidos en el decreto de incremento salarial para empleados públicos, siempre y cuando el trabajador cumpla un año de labores en la Entidad. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro seguirá reconociendo y pagando la Bonificación por Servicios Prestados a todos sus trabajadores.

Frente a este ítem, es claro que la actora demostró el cumplimiento de los supuestos normativos de la convención colectiva de trabajo para la procedencia del reconocimiento y pago de la bonificación de servicios prestados, si en cuenta se tiene que laboró más de un año de servicios a favor de la entidad, de cara a los hitos temporales de la relación laboral declarada dentro de este litigio y el conjunto normativo que regula lo atinente a los niveles establecidos del incremento salarial para empleados públicos, es decir, los límites salariales que señala los artículos 9 y 10 de los Decretos 1031 de 2011, 853 de 2012 y 1029 de 2013 respectivamente, que contienen los topes de la prestación de acuerdo al salario devengado por la trabajadora beneficiaria.

En este punto, debe aclarar la Sala que, aunque la norma extralegal nos remite a los “niveles establecidos en el decreto de incremento salarial para empleados públicos”, tal disposición no debe entenderse como el valor del incremento salarial según las diferentes denominaciones de empleos y asignaciones básicas mensuales para cada grado y nivel, sino, a los límites relacionados con el pago de la bonificación por servicios prestados de los empleados públicos y los porcentajes que deben aplicarse dependiendo de la asignación salarial.

Así las cosas, teniendo en cuenta la cláusula convencional, la cual nos remite a dicho compendio normativo en todo lo relacionado a los topes salariales, es claro que procede la condena, debiéndose tener como bonificación el 35% de cara al salario devengado por la actora, esto es la suma de \$1.500.000, misma que se liquidará de manera proporcional en el último año de servicio, ello en razón a que no cumplió con todo el tiempo laborado, como lo dispone la última de las referidas normas.

De manera que por dicho concepto la demandada deberá cancelar la suma de \$908.542, cómo se expresa a continuación:

Bonificación por servicios prestados					
Año de servicios	Salario	Incrementos por antigüedad y gastos de representación	Porcentaje 35%	Días laborados	Valor
19/05/2011 AL 18/05/2012	\$ 1.500.000	\$ 0	\$ 525.000	360	\$ 525.000
19/05/2012 AL 12/02/2013	\$ 1.500.000	\$ 0	\$ 525.000	263	\$ 383.542
Total					\$ 908.542

En tal sentido, como esta suma es inferior a la determinada por la Juez de primer grado, se modificará la sentencia consultada.

● **Prima de Servicios Convencional**

El literal “D” del artículo 25 de los textos convencionales señalan que:

D. Prima de Servicios: El Fondo Nacional de Ahorro ha venido pagando a todos sus funcionarios en la primera quincena de junio de cada año una Prima de Servicios que corresponde a quince (15) días de salario, por el periodo laborado del primero (1º) de enero al treinta (30) de junio de cada año, equivalente a seis doceavas partes de salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta el 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, y todo aquello que la Ley determina. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro continuará reconociendo y pagando esta Prima de Servicios a todos sus trabajadores, en caso de no haber laborado el período completo se reconocerá y pagará proporcionalmente.

De manera que por dicho concepto la demandada deberá cancelar la suma de \$1.716.584, cómo se expresa a continuación:

Prima de servicios convencional				
Prima de servicios convencional	Salario	Factor Salarial: 1/2 de la bonificación por servicios prestados	Días laborados	Valor
jun-11	\$ 1.500.000	\$ 43.750	180	\$ 771.875
jun-12	\$ 1.500.000	\$ 31.961	180	\$ 765.981
2013 (proporción)	\$ 1.500.000	\$ 31.961	42	\$ 178.729
Total				\$ 1.716.584

Ahora, como la suma liquidada arrojó un valor superior a la determinada por la Juez de primer grado, se mantendrá incólume en este punto la sentencia consultada.

● Prima Extraordinaria

Señala el literal E del artículo 25 de las normas convencionales que:

E. Prima extraordinaria: El Fondo Nacional de Ahorro ha venido reconociendo una prima extraordinaria a todos sus funcionarios en el mes de Diciembre de cada año, consistente en 15 días de salario, por el periodo laborado del primero (1º) de Julio al treinta (30) de diciembre de cada año, equivalentes a seis doceavas de salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta el 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, y todo aquello que la Ley determina. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta misma Prima Extraordinaria a todos sus Trabajadores en las mismas condiciones. En caso de no haber laborado el período completo se reconocerá y pagará proporcionalmente.

Prima Extraordinaria Convencional				
Prima Extraordinaria	Salario	Factor Salarial: 1/2 de la bonificación por servicios prestados	Días laborados	Valor
dic-11	\$ 1.500.000	\$ 43.750	180	\$ 771.875
dic-12	\$ 1.500.000	\$ 31.961	180	\$ 765.981
Total				\$ 1.537.856

En este punto, se confirmará la sentencia apelada y consultada, en tanto, que la asuma aquí determinada es superior a la liquidada por el A quo.

● Prima de vacaciones

El literal f del artículo 25 de las normas convencionales indican que:

F.- Prima de Vacaciones: El Fondo Nacional de Ahorro de acuerdo a la Ley ha venido reconociendo a todos sus funcionarios, una Prima de Vacaciones consistente en quince (15) días de salario, entendido por tal el

integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, prima técnica, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, 1/12 de la prima de servicios y de la extraordinaria, y todo aquello que la Ley determina, por cada año de servicio, prima que se paga dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación de las vacaciones. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta Prima de Vacaciones a los Trabajadores que tengan derecho a la misma, igualmente habrá lugar a esta prima de vacaciones cuando se reconozcan las vacaciones en dinero.

Prima de vacaciones				
Prima de vacaciones	Salario	Factor Salarial: 1/2 de la bonificación por servicios prestados, prima de servicios y extraordinaria	Días laborados	Valor
19/05/2011 AL 18/05/2012	\$ 1.500.000	\$ 172.395	360	\$ 1.672.395
19/05/2012 AL 12/02/2013	\$ 1.500.000	\$ 174.519	263	\$ 1.223.329
Total Prima de vacaciones				\$ 2.895.724

Así las cosas, a la encartada le corresponderá asumir la suma de **\$2.895.724**, no obstante, como la suma aquí determinada es superior a la liquidada por la juez de primer grado, se mantendrá en este punto la sentencia consultada.

● **Estímulo de recreación**

Señala el literal G del artículo 25 CCT que:

*G.- Estímulo de Recreación: El Fondo Nacional de Ahorro ha venido reconociendo y pagando a sus funcionarios un estímulo de recreación consistente en diez (10) días de salario, a la fecha en que se le liquiden y paguen sus vacaciones, entendiendo por salario el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incremento por antigüedad, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, prima técnica, 1/12 de la prima de servicios y de la extraordinaria, y todo aquello que la Ley determina. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro seguirá reconociendo y pagando este estímulo de recreación por cada período causado de vacaciones, a los trabajadores que salgan a disfrutar de sus vacaciones o **le sean reconocidas en dinero.** (negrilla fuera de texto)*

Estímulo de recreación				
Estímulo de recreación	Salario	Factor Salarial: 1/2 de la bonificación por servicios prestados, prima de servicios y extraordinaria	10 días - Proporcionalidad a reconocer	Valor
19/05/2011 AL 18/05/2012	\$ 1.500.000	\$ 172.395	10	\$ 557.465
19/05/2012 AL 12/02/2013	\$ 1.500.000	\$ 174.519	137	\$ 212.416
Total Estímulo de recreación				\$ 769.881

Conforme a ello, la demandada deberá pagar por tal concepto la suma de **\$769.881**, para tal efecto se liquidó de manera proporcional el último año de servicio, ello en razón a que no cumplió con todo el tiempo laborado para ser acreedor a 10 días de salario.

En tal sentido, se modificará la sentencia consultada.

● **Prima de navidad**

Señala el texto convencional que:

H.- Prima de Navidad: De acuerdo a la ley, el Fondo Nacional de Ahorro ha venido reconociendo y pagando a todos sus funcionarios, una prima de navidad equivalente a un mes de salario, entendido por tal el integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, correspondiente al cargo desempeñado al

30 de noviembre de cada año, incremento por antigüedad, prima técnica, gastos de representación, subsidio de alimentación hasta un 10% de la asignación básica para los trabajadores oficiales de que trata el artículo 24 de la presente Convención, auxilio de transporte, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, una doceava de la prima de servicios y de la extraordinaria, 1/12 de la prima de vacaciones, y todo aquello que la ley determina, prima esta que se paga en la primera quincena del mes de Diciembre. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta Prima de Navidad a sus trabajadores, en caso de no haber laborado el período completo se reconocerá y pagará proporcionalmente.

Prima de Navidad				
Prima de Navidad es Exigible	Salario a 30 de noviembre	Factor Salarial: 1/2 de la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, extraordinaria y vacaciones	Días liquidados	Valor Prima de Navidad
19/05/2011 AL 31/12/2011	\$ 1.500.000	\$ 311.761	222	\$ 1.117.253
1/01/2012 AL 31/12/2012	\$ 1.500.000	\$ 276.463	360	\$ 1.776.463
1/01/2013 AL 12/02/2013	\$ 1.500.000	\$ 276.463	42	\$ 207.254
Total				\$ 3.100.970

En armonía a dicha cláusula, la enjuiciada deberá cancelar la suma de \$3.100.970, por tanto, hay lugar a modificar la sentencia de primer grado.

● **Bonificación especial de recreación**

Señala el mismo texto convencional que:

J.- Bonificación Especial de Recreación: El Fondo Nacional de Ahorro pagará una Bonificación Especial de Recreación en cuantía de tres (3) días de la asignación básica a todos los funcionarios que adquieren el derecho de vacaciones. La Empresa Fondo Nacional de Ahorro seguirá reconociendo y pagando esta Bonificación Especial de Recreación, a todos los Trabajadores dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de vacaciones. Igualmente habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se reconozcan en dinero.

Así las cosas, la enjuiciada debe cancelar la suma de \$207.083, teniendo en cuenta que la misma se liquidó de manera proporcional en el último año de servicio, ello en razón a que no cumplió con todo el tiempo laborado, para ser acreedor a 3 días de salario. En tal sentido, se modificará la sentencia consultada.

Bonificación Especial de recreación				
Bonificación Especial de Recreación	Salario	Factores salariales	Días laborados – Proporción	Valor Bonificación
19/05/2011 AL 18/05/2012	\$ 1.500.000	\$ 0	360	\$ 150.000
19/05/2012 AL 12/02/2013	\$ 1.500.000	\$ 0	137	\$ 57.083
Total				\$ 207.083

● **Reliquidación de cesantías**

Pretende el actor la reliquidación de sus cesantías por la totalidad del tiempo servicio, liquidada conforme lo dispone el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma que la juez primigenia tomó como referente para acceder a tal condena.

No obstante, advierte la Sala, que tal como se dijo en precedencia, la citada disposición no es aplicable a trabajadores oficiales del Fondo Nacional del Ahorro, en consideración a su naturaleza jurídica, contenida en el artículo 1º de la Ley 432 de 1998. Así las cosas, se

sigue revocar la condena relacionada con la reliquidación de cesantías, para en su lugar, absolver a la demandada de esta pretensión.

- **Indemnización moratoria**

Por tratarse de una trabajadora oficial, la norma a gobernar el asunto es el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Debe recordarse que la mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Dicha buena fe “*no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley pues, en cualquier caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»* (CSJ SL9641-2014).”

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues contrario a lo que se dijo en la contestación de la demanda, la simple afirmación de la enjuiciada de creer que actuó con apego a la ley no la exonera de tal sanción, en la medida, que de manera consciente y a pesar de contar con una necesidad permanente, requirió la contratación de la actora a través de múltiples EST, disfrazando la verdadera calidad de empleadora, aspecto que se reitera, descarta toda posibilidad de colegir que haya actuado de buena fe y por el contrario, pone en evidencia que su conducta no fue recta y leal con la trabajadora, dada la contratación fraudulenta y extendida en el tiempo, el uso indebido del servicio temporal y el desbordamiento de los límites establecidos en la Ley 50 de 1990.

De manera que le asiste razón a la sentenciadora de primer grado al considerar que había lugar a gravar su condena, toda vez, que esta Corporación evidencia que el deudor moroso no demostró que su obrar estuvo ceñido a la buena fe, a más porque sobre este tópico ningún medio de prueba allegó tendiente a demostrar lo contrario. Sin embargo, se modificará la forma en cómo fue concedida la indemnización moratoria por la A quo, pues, tal y como lo afirma la censura, se equivocó al aplicar una norma que no gobierna este asunto en concreto, esto es, el Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora, frente el distanciamiento de la parte demandante respecto de la sentencia de primer grado orientado al hecho de haberse liquidado la indemnización moratoria con un salario base inferior al utilizado para liquidar beneficios convencionales, debe decir la Sala desde ya que deberá mantenerse incólume, en tanto, que para la indemnización moratoria debe tomarse el salario básico que devengaba la trabajadora, esto es, la suma de **\$50.000** al momento en que finalizó la relación laboral y no los factores salariales utilizados en orden de liquidar acreencias de tipo extralegal.

Lo anterior, se explica porque que para efectos de encontrar el salario base de liquidación de la indemnización moratoria se debe tomar en cuenta la remuneración básica que percibió la trabajadora y no las sumas que se definieron como base de liquidación de los beneficios extralegales aquí ordenados, por la potísima razón de que en estos últimos se tuvieron en cuenta factores salariales que convencionalmente fueron definidos y aceptados para efectos de su liquidación por la agremiación sindical y el empleador, en

las distintas convenciones colectivas de trabajo que fueron allegadas al plenario, mismas en las que tampoco se precisaron bases salariales de liquidación de la sanción moratoria, de allí que sea desacertada la censura.

Así las cosas, se tiene el último salario devengado, esto es, **1.500.000**, de allí que se condenará al demandado a pagar a la actora **\$50.000**, a partir del vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, esto es, desde el **13 de mayo de 2013** (vencimiento de los 90 días) y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de prestaciones sociales.

Llamamiento en garantía Seguros del Estado S.A.

Sobre tal aspecto, la inconformidad puntual de la aseguradora, en primer lugar, radica en que al haber incumplido el plazo procesal de que disponía la llamante para vincularla al proceso, esto es, haberse superado el término de 6 meses, se configuró la caducidad del término legal de su vinculación y, por tanto, la admisión del llamamiento en garantía carece de efecto vinculante. En segundo lugar, la llamada a juicio ataca la sentencia de primer grado aduciendo que la falladora de primer grado no debió afectar las pólizas de seguros, pues en virtud de sus condiciones generales y específicas, están sólo amparan perjuicios que pueda sufrir el beneficiario respecto de obligaciones laborales que le sean imputables directamente por las tomadoras y no porque sea declarado verdadero empleador. En tercer lugar, le atribuye un desatino a la Juez de primer grado, en el hecho de que la compañía solo se comprometió amparar el riesgo establecido en las pólizas y los límites del interés asegurable, de manera que no debió ser condena solidariamente a cancelar los valores objeto de condena, a más porque dentro de los amparos no quedó establecido beneficios extralegales y vacaciones. Finalmente, su reproche radica en que debió declararse probada la excepción de prescripción en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio.

En tal direccionamiento, en lo que hace al llamamiento en garantía, cumple recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que esté, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine qua non* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás. Resaltando, que el juez de trabajo es competente para definir la relación sustancial entre los citados, no sólo porque ello permite materializar el principio de economía procesal, sino, además, por cuanto de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterativa en señalar su procedencia dentro del proceso ordinario laboral, tal como lo fue en las sentencias SL 471-2013, SL 14540-2014, SL 14619-2014, SL 16675-2014, SL 5636-2019, SL 4570-2019, SL 5031-2019, SL 462-2021, SL 987-2021, entre otras.

En este punto, vale la pena aclarar que al revisar la línea jurisprudencial del Alto Tribunal, no existe una razón sólida que justifique apartarse de aquélla, máxime cuando se tiene dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ que dicha figura procesal cobra mayor

relevancia en la medida que propende por el amparo del debido proceso de quien es convocado a responder por la indemnización del perjuicio o del reembolso que tuviere que hacer por cuenta de la relación legal o contractual de quien fue condenado en la sentencia, lo cual, a su vez habilita a las partes para solicitar el señalado reembolso, sin que tenga que asumir la carga de iniciar un nuevo proceso, en virtud del principio de economía procesal.

Con fundamento en lo anterior, resta examinar entonces si, como afirma la aseguradora recurrente, el juez de primer grado desconoció la ineficacia del llamamiento, así como las condiciones de las pólizas, además, si prosperan los demás argumentos planteados en el recurso de apelación.

Para resolver el primer reproche, la Sala tiene en cuenta que el artículo 66 del C.G.P., norma con base en la cual se admitió y ordenó notificar el llamamiento en garantía, dispone que *"Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior."* Lo que significa que dentro del plazo que ordena la norma debe vincularse a la llamada en garantía, so pena de entenderse que carece de efecto su llamamiento o vinculación.

En efecto, la Ley otorga un término específico para que se agote la actuación, aspecto que para la Sala se debe entender así, pues de no haber sido ese el querer del legislador y, por el contrario, entenderse que su convocatoria o comparecencia al juicio podía intentarse en cualquier tiempo o en todo caso hasta antes de dictar sentencia, expresamente no hubiera consagrado el término a que se refiere la norma para surtir el enteramiento y vincularlo al juicio; de allí que al establecer la norma un término preclusivo, lo que impuso fue un deber procesal a la parte que se beneficia de esta figura de desplegar dentro de ese plazo celeridad de sus actuaciones necesarias y tendientes a obtener pronta y eficazmente la comparecencia del llamado en garantía, so pena de que por no haber ejecutado actuación dentro del término, el acto procesal que le posibilita vincular al proceso a quien le reclama la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir como resultado de la sentencia, le precluya.

Bajo ese entendimiento, la realidad procesal en este caso evidencia que la demandada Fondo Nacional del Ahorro quien pretende beneficiarse de esta figura, notificó dentro del plazo concedido por la citada norma adjetiva, si en cuenta se tiene que se admitió desde el 2 de octubre de 2015, aclarado en auto del 14 de octubre de 2015 (Cuad.1, fols. 398 a 400) y la asegura fue notificada de manera personal el 18 de diciembre de 2015 (Cuad.1, fol. 427), lo que deja en evidencia que su vinculación no fue extemporánea, como desatinadamente lo aduce la censura, por tanto, resulta eficaz el llamamiento.

Así las cosas, frente a este primer aspecto, se mantiene incólume su vinculación a la litis.

En orden de continuar con los reproches endilgados a la sentencia de primer grado, se allegaron las siguientes pólizas:

Pólizas de Cumplimiento						
Núm.	Vigencia		Tomador	Beneficiario	Amparo	Suma Asegurable
21-44-101031461	3/03/2009	2/04/2009	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	SERIEDAD DE LA OFERTA	\$ 1.200.000.000
21-44-10103461	27/02/2009	29/03/2009	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	SERIEDAD DE LA OFERTA	\$ 1.200.000.000

Pólizas de Cumplimiento						
21-44-101023571	25/03/2010	25/09/2013	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES	\$ 660.000.000
25-44101033302	25/03/2011	25/03/2010	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	\$ 2.880.720.000
25-44-101043358	9/03/2012	9/09/2015	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	\$ 2.550.000.000
25-44-101043358	9/03/2012	9/02/2016	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	\$ 4.800.000.000
25-44-101043358	14/03/2012	14/02/2016	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	\$ 4.800.000.000
25-40-101013898	28/12/2012	28/02/2014	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	PREDIOS LABORES Y OPERACIONES	\$ 300.000.000
25-44-101051322	28/12/2012	28/02/2016	TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.	FNA	PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	\$ 450.000.000

Considera la Sala que las obligaciones impuestas al Fondo Nacional del Ahorro relativas al pago de beneficios extralegales no se encuentran cobijadas por los contratos de seguro, tal como lo dijo la aseguradora, por manera que es claro el error en que incurrió la juez primigenia al considerar que la aseguradora debía amparar el riesgo derivado de las citadas condenas.

Ahora, con la póliza de seguros de cumplimiento entidad estatal núm. 21-44-101023571, en virtud de la cual se aseguró la cobertura de “*Pago de salarios, prestaciones sociales e indemniz*” entre el 25 de marzo de 2010 al 25 de septiembre de 2013, se garantizó el cumplimiento, calidad y salarios del contrato estatal No. 198/2010 referente a provisión de trabajadores en misión. Dentro de las condiciones generales del contrato de seguro, se indicó que “*EL AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÁ OBLIGADO EL CONTRATISTA RELACIONADOS CON EL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.*”

Por todo lo anterior, acierta la censura al atribuirle un error a la juez de primer grado, en la medida que la aseguradora no puede afectar los contratos de seguros, si se tiene en cuenta que las mismas no amparan beneficios extralegales, como ya se dijo, tampoco indemnizaciones, pues sobre esto último, si bien el contrato de seguro núm. 21-44-101023571 ampara tal concepto, también lo es que la citada garantía es exclusiva de los trabajadores en misión que por virtud del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado directamente la empresa de servicio temporal, deba asumir el Fondo Nacional del Ahorro; situación distinta a lo que ocurre en el caso de marras, dado que aquí se declaró verdadero empleador al demandado, descartándose la contratación de la actora como trabajadora en misión, debiendo por tanto responder en forma principal de la indemnización moratoria condenada y subsidiariamente la EST.

Lo anterior impone revocar la decisión en lo que hace a este aspecto, declarando probada la excepción de la ausencia de cobertura de las pólizas.

Costas

En esta instancia a cargo de las demandadas Fondo Nacional del Ahorro y Temporales Uno A Bogotá S.A. y a favor de la actora, ante la no prosperidad de los recursos de apelación propuestos.

Finalmente, teniendo en cuenta que el recurso de apelación prosperó en lo que hace a Temponexos Unión Temporal, integrada por Nexarte Servicios Temporales S.A. y Gente Oportuna S.A.S., Sistema Universitario del Eje Cafetero SUEJE y Seguros del Estado S.A., se revocará la condena en costas en su contra.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y solidariamente a **TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.** a pagar a la señora **SANDRA MILENA CEPEDA GÓMEZ**, por el contrato de trabajo comprendido entre el 19 de mayo de 2011 al 12 de febrero de 2013, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$908.542**, por concepto de bonificación por servicios prestados.
- b) **\$1.415.767**, por concepto de prima de servicios convencional.
- c) **\$1.415.767**, por concepto de prima extraordinaria convencional.
- d) **\$1.510.094**, por concepto de prima de vacaciones.
- e) **\$769.881**, por concepto de estímulo de recreación.
- f) **\$3.100.970**, por concepto de prima de navidad.
- g) **\$207.083**, por concepto de bonificación especial de recreación.
- h) A título de indemnización moratoria, la suma de **\$50.000** diarios a partir del **13 de mayo de 2013** (vencimiento de los 90 días) y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de prestaciones sociales.

SEGUNDO: REVOCAR los literales a) e i) del numeral 2º de la sentencia de primer grado, en lo que respecta al pago de subsidio de alimentación y reliquidación de cesantías, conforme a lo motivado.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a Temponexos Unión Temporal, integrada por Nexarte Servicios Temporales S.A. y Gente Oportuna S.A.S. y Sistema Universitario del Eje Cafetero SUEJE, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia confutada, el cual quedará así:

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada y atendiendo a las resultas del proceso se procederá relevarse del estudio de las demás excepciones presentadas, conforme lo expuesto en la presente decisión.

QUINTO: ADICIONAR el numeral 5º de la sentencia, el cual quedará de la siguiente forma:

QUINTO: DECLARAR PROBADA las excepciones denominadas ausencia de cobertura de las pólizas, inexigibilidad del seguro por ausencia de cobertura de hechos y pretensiones, frente a las llamadas en garantía **SEGUROS DEL**

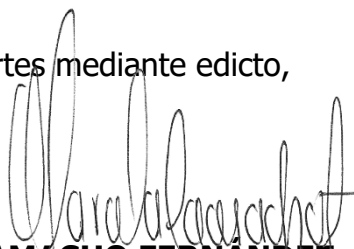
ESTADO S.A., SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, conforme lo expuesto en la presente decisión.

SEXTO: REVOCAR parcialmente el numeral 6º de la sentencia reprochada, para en su lugar **ABSOLVER** a **TEMPONEXOS UNIÓN TEMPORAL**, integrada por **NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A. y GENTE OPORTUNA S.A.S., SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO SUEJE y SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, de la condena en costas. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

SÉPTIMO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada y consultada.

OCTAVO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la actora y a cargo de **FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.** Las de primera instancia se confirman.

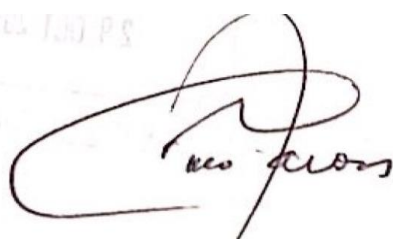
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

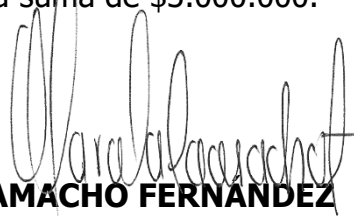


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la actora y a cargo de cada uno de los demandados **FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.** en la suma de \$3.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CECILIA RESTREPO ROSENSVAIG
Demandada: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 18-2019-00836-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Mauricio Alejandro Capera Bermudez, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Cecilia Restrepo Rosensvaig instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado efectuado el 31 de agosto de 1996 al RAIS y, en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, bono pensionales y actualización de su historia laboral. Así mismo, solicitó como pretensiones subsidiarias que se declare únicamente válida la afiliación realizada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, teniendo en cuenta que existió multivinculación al momento de realizar el traslado de régimen con el RAIS, toda vez que la escogencia de régimen fue realizada el 16 de junio de 1994 con el ISS, en vigencia del naciente Sistema General de Pensiones, por lo que al momento de realizar el traslado no habían transcurrido 3 años a partir de la selección inicial. En todo caso, solicitó lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició sus cotizaciones al ISS a partir del 1 de marzo de 1985 y con posterioridad al 1 de abril de 1994, realizó su primera afiliación como selección inicial al RAIS el 16 de junio de 1994. Refirió que al momento de realizar el traslado a la AFP no habían transcurrido 3 años a partir de la selección inicial, además, los asesores comerciales no le brindaron información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en los dos regímenes, en especial no le hizo un estudio de su situación particular, sino, que se

ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional. (Expediente digital, PDF 01. FOLIO 1 A 56, págs. 4 a 13).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01. FOLIO 1 A 56, págs. 59 a 61).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando la realidad jurídica de la actora, compromete que su afiliación al RAIS específicamente a la AFP Porvenir S.A., se encuentra válida y vigente por lo que no demuestra error, fuerza o dolo que coartara su libre escogencia de régimen pensional, o durante la afiliación a la Administradora Privada, por lo cual no es procedente que se declare ineficacia de traslado de régimen surtido. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica (Expediente digital, PDF CONTESTACION_2019-836_CECILIA RESTREPO ROSENSVAIG CC. No. 32653109_NULIDAD DE TRASLADO).

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que la accionante no allega prueba, siquiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación, en la medida que, el traslado de régimen pensional de la actora al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual dijo que sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que arribó, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF CONTESTACIÓN DEMANDA J 18 2019-0836 (1)).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de abril de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenó reactivar la afiliación y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la AFP, así mismo, condenó a esta al pago de costas procesales.

Para arribar a tal decisión indicó, luego de citar el referente normativo aplicable al caso en concreto, así como la línea jurisprudencial que sobre el tema ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte, que no existe medio de convicción tendiente a acreditar que a la actora se le otorgó información veraz y suficiente de la decisión de su traslado y que

estará consiente conforme a las características y demás situaciones de cada uno de los regímenes pensionales, de allí que era claro que la AFP Porvenir S.A. omitió con el deber de información. (Expediente digital, audio AUDIENCIA VIRTUAL 11001310501820190083600-20220418_164325-Meeting Recording).

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Recurrió la decisión proferida manifestando que la demandante es una persona capaz, consiente y con unas calidades académicas y profesionales que permitieron establecer su decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual y hacer previamente los traslados horizontales, a más porque indicó que su decisión estuvo precedida de información necesaria para concluir que el traslado era la opción más viable para sus intereses futuros, por manera que no se puede considerar que factores como la fluctuación del mercado de trabajo o reducción de los salarios de la parte actora, sean razones suficientes para concluir que no se le suministró toda la información necesaria, para presidir de las consecuencias en un futuro pensional. (Expediente digital, audio AUDIENCIA VIRTUAL 11001310501820190083600-20220418_164325-Meeting Recording).

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada esgrimió que la información que se dio para el traslado del régimen pensional se suministró de manera verbal, dado que para dicho momento no existía obligación alguna de dejar documentado la asesoría que se brindaba a la potencial afiliada, pues el único documento que se exigía era el formulario de afiliación, razón por la cual, es la única prueba que debe exigirse para acreditar que si hubo voluntad en el traslado que realizó la demandante. Expuso que, si hubo un cumplimiento al deber de información, además, que la motivación de la actora para solicitar la ineficacia surge en el momento a partir del cual aquella se encuentra cerca del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho a la pensión de vejez, es decir, no es a la falta de información, sino, a razones de carácter económico.

Agregó que las inconformidades del traslado al fondo, nunca se hicieron en el transcurso de su vinculación, sino, al momento en que está cerca de pensionarse, aunado a que aquella pudo haber consolidado los requisitos de pensión en el RAIS. Indicó que la afiliación es un elemento susceptible de la prescripción de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. Refirió que no es procedente devolver sumas por concepto de rendimientos, tampoco gastos de administración que se obtuvo de los recursos de la demandante y que también son descontados en el régimen de prima media, seguros previsionales que no están en su poder y que cumplieron con su objetivo, ni los valores del fondo de garantía dado que se encuentran extintas. Advirtió que no es dable la indexación de dichos valores en tanto que el traslado que se está haciendo de los rendimientos se estaría compensando la depreciación adquisitiva de la moneda. (Expediente digital, audio AUDIENCIA VIRTUAL 11001310501820190083600-20220418_164325-Meeting Recording).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 31 de agosto de 1996, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen

de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.3. Colpensiones. Refirió que el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene incólume actualmente entre otras en la sentencia SL2207 del 26 de mayo del 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Cecilia Restrepo Rosensvaig, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de marzo de 1985, con cotizaciones hasta el 3 de septiembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma

(Expediente digital, PDF GRP-SCH-HL-66554443332211_1924-20210217095237); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha del 31 de agosto de 1996, posteriormente al Fondo de Pensiones Colpatria el 26 de agosto de 1997, retornando nuevamente a la demandada el 9 de abril de 1999 y finalmente, firmando formulario a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy AFP Porvenir S.A. (Expediente digital, PDF CONTESTACIÓN DEMANDA J 18 2019-0836 (1))., donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia

bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la actora haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información, por lo que se despachará negativamente el motivo de alzada en este punto.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021 y como acertadamente lo indicó el *A quo* en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros

previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados, de allí que se siga confirmar la sentencia de primer grado.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible, por lo que este punto de alzada se despachará negativamente.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

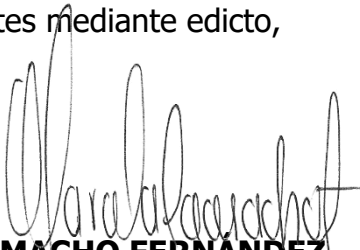
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

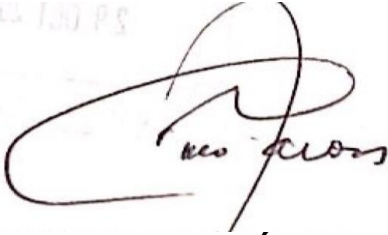
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2022, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FRANCISCO JOSÉ PÉREZ TORRES
Demandada: COLPENSIONES, AFPs PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A.
Radicado No.: 03-2019-00477-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Michael Giovanni Muñoz Tavera, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Francisco José Pérez Torres instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A., Colpensiones y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación realizada el 14 de septiembre de 1995, a través de la cual se trasladó del RPMD administrado por Cajanal y el ISS, al RAIS, administrado por la primera de las demandadas. En consecuencia, pidió que se condene a Colpensiones a recibirlo nuevamente, a la AFPs devolver todos los valores que hubiere recibido por motivo de su afiliación, tales, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos y rendimientos, a Colpensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 12 de junio de 1958, iniciando su vida laboral el 26 de junio de 1975, afiliándose a Cajanal e ISS hasta el 14 de septiembre de 1995, fecha en la que se trasladó a AFP Porvenir S.A., en tanto que aquella le manifestó que el RPMD iba a ser liquidado y por tanto sus aportes se encontrarían en riesgo, además, le informó que se podía pensionar a más temprana edad y el monto de la prestación le sería mas alto. Refirió que no le informó las características, desventajas y consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional. Expuso que posteriormente fue trasladado a Skandia S.A. el 27 de octubre de 1998, sin haber recibido ninguna información sobre características, ventajas y consecuencias de los regímenes pensionales. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteScaneado, págs. 5 a 28)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 002NotificacionAgenciaNacional02Oct20); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que aunque desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si el demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 003ContestacionColpensiones23Oct20)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar contestación del libelo introductor se opuso a la totalidad de las pretensiones esgrimiendo que el actor no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, así mismo, pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de la AFP, ya que solo fue hasta la expedición de los Decretos 555 de 2010, 2071 de 2015 y Ley 1748 de 2015 las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. Formuló la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario y como de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteScaneado, págs. 182 a 139)

3.3. Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que el 27 de octubre de 1998, el actor suscribió formulario de solicitud de vinculación, como traslado de la AFP Porvenir S.A., afiliación que se hizo efectiva 1 de diciembre de 1998 al 31 de julio de 1999, por tal motivo no existe recurso alguno del demandante. En su defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, buena fe, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante y genérica. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteScaneado, págs. 121 a 139)

3.4. UGPP. En su escrito de intervención se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que de conformidad con el Decreto 5021 de 2009 que no es administradora de pensiones y una vez verificada la lista de funciones no se encuentran las de efectuar la captación, consecución, gestión, rentabilidad, depuración de los aportes o cotizaciones ni la de resolver solicitudes de traslado entre el régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual. Como medios exceptivos formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación "material" en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 015UgppContestaDemanda06Oct21)

4.1. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros, sin descuento alguno; ordenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante y actualizar la información de la historia laboral y condenó a las demandadas en costas.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico a dilucidar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual. Con tal propósito, citó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así mismo, hizo alusión a los medios probatorios, para significar que del dicho del demandante no se podía derivar confesión en el entendido de que para el momento del traslado de un régimen a otro, el asesor comercial de AFP Porvenir S.A. le hubiese brindado información completa, veraz y oportuna acerca de sus características, encontrando que desconocía en su totalidad, incluso los requisitos para pensionarse, lo que imponía acceder a las pretensiones de la demanda, ante el quebrantamiento del deber de información. (Expediente electrónico, audio 022VideoSentenciaPrimeraInstancia25Nov2021)

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Recurrió la decisión proferida manifestando que dentro del mismo interrogatorio se pudo vislumbrar las diferentes características que compone uno y otro régimen, de manera que fue un indicio en punto a que beneficio a la parte contraria. Refirió que el A quo en ningún aparte de la sentencia mencionó que la administradora haya incurrido en alguna falla en el traslado, no entiende por qué o bajo que criterio aplica la condena de costas procesales. Indicó que la sostenibilidad financiera del sistema se encuentra afectada, además, que sobre tal aspecto no se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de tal modo que debe entenderse afectada.

Discurrió que aunque existe jurisprudencia de este Tribunal en cuanto a que ha referido que no se halla afectado en la medida que deben retornarse todas las sumas generadas de un fondo pensional, expreso que este Tribunal no comprende el significado del principio, en tanto *"que el principio de sostenibilidad no se establece por retornar un dinero, se entiende cuando se retorna el dinero no existe un detrimento a las arcas patrimoniales del estado, entender que dentro de las características del modo pensional, del demandante, del señor Francisco, al estar dentro del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad el riesgo es moderado, Colpensiones, el riesgo de las cotizaciones es alto, ya entendemos la primera dificultad. Como se pretende entonces que las ganancias de un riesgo moderado superen las de riesgo que maneja Colpensiones, simplemente hagamos un ejercicio, invito para as próximas sentencias de esta índole que se haga un estudio sobre las diferentes comunicaciones expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público del año 2021, julio."*

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada esgrimió que la vinculación del demandante es válida y eficaz, dado que recibió la correspondiente asesoría y firmando para ello el respectivo formulario de vinculación, en el cual aceptaba las condiciones del régimen de ahorro individual y estaba de acuerdo con la información que había recibido en dicho momento. Refirió que siendo el único documento que se requería para la fecha, es por tanto el vínculo eficaz. Indicó que el A quo no aplicó la norma vigente para el momento en que el actor ejerció su libre derecho de elección, además, que aquel decidió libremente

trasladarse de régimen pensional, a su vez vincularse a otra administradora y devolverse a Porvenir, realizando nuevamente el acto jurídico.

Insistió que dicho deber no puede ser exigido a la AFP dado que nació con posterioridad a la afiliación del demandante, de manera que debió respetarse la voluntad del actor de llevar a cabo su acto de vinculación, quien aceptó las características del régimen, para el año 1995, resultando no justo que se obligue a los fondos que entre a probar este deber de información, más allá del formulario de vinculación, además, porque es un imposible jurídico, dado que ha transcurrido más de 20 años de tal acto. Agregó que el demandante ratificó su decisión dado a los años de permanencia, las cotizaciones realizadas y los traslados efectuados dentro del mismo régimen pensional, aunado a que su inconformidad radicada en el valor de la mesada pensional, aspecto que no puede estar ligados a la solicitud de ineficacia.

De otro lado, sostuvo que es contradictorio entrar a devolver gastos de administración y seguros provisionales, dado que al dejar sin efecto el acto jurídico el actor no tendría derecho a retornar los rendimientos que se han generado por las acciones realizadas por el fondo y aun más cuando fue un cumplimiento de un deber legal, aquel tuvo la cobertura durante toda su vinculación frente a contingencias y fueron entregadas a la aseguradora.

(Expediente electrónico, audio 022VideoSentenciaPrimeraInstancia25Nov2021)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que tiene derecho a que se le respete la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado anteriormente por Cajanal y el ISS, hoy Colpensiones, esto en razón a que la administradora de fondo de pensiones no informó de manera clara, precisa y suficiente las características, consecuencias, ventajas, y desventajas del cambio de régimen pensional como lo ha estipulado de forma pacífica la Corte Suprema de Justicia desde sentencias SL 31989, SL 31314 de 2008 y la SL 33083 de 2011.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.3. UGPP. Sostuvo que se está frente al presupuesto procesal de falta de legitimación en la causa por pasiva por falta de competencia de la función administrativa en cabeza de la entidad, toda vez que de conformidad con la Ley 1151 de 2007, y Decreto 5021 de 2009, la UGPP no es administradora de pensiones y una vez verificada la lista de funciones no se encuentran las de efectuar captación, consecución, gestión, rentabilidad, depuración de los aportes o cotizaciones ni la de resolver solicitudes de traslado entre el régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

6.4. Colpensiones. Refirió que el traslado de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Prestación Definida tiene plena validez, de manera que para efectos de los vicios de consentimiento en el contrato suscrito con la AFP, se deberán probar ante

instancia judicial y será esta quien a su consideración declare la nulidad o ineficacia pretendida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que Francisco José Pérez Torres, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 10 de agosto de 1989, con cotizaciones hasta el 27 de noviembre de 1991, conforme aparece en la historia laboral expedida por dicha entidad. Así mismo, que se encontró vinculado a la Caja de Previsión Social del Distrito del 5 de julio de 1994 al 30 de septiembre de 1995 y suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. el 14 de septiembre de 1995 y 11 de junio de 1996; con posterioridad se trasladó a Old Mutual Fondo de Pensiones Obligatorias, hoy Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. el 27 de octubre de 1998, ratonando a la AFP Porvenir S.A. el 16 de abril de 2004, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFPs y no en el actor, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una

negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P.; en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993; y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFPs codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegirlo del interrogatorio de parte que se surtió al demandante, entre tanto, aquel se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de

validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Adicionalmente es necesario señalar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFPs sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, como mal lo aduce la censura, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP Porvenir S.A. y Skandia Fondo

de Pensiones y Cesantías S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones.

De tal manera, no resulta atendible lo afirmado por el A quo, pues es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Ahora, como no se hizo extensiva la condena a Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., asimismo, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFPs del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

La acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer

parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas en primera instancia a cargo de Colpensiones

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en el recurso de apelación y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

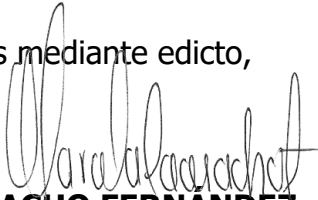
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2021 y, en consecuencia, **CONDENAR** a **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como comisiones, rendimientos, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexado desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que el demandante decidió trasladarse a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de conformidad con lo motivado.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada y, en consecuencia, **ORDENAR** a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: KRZYZOF ADAM SZNIRLING
Demandadas: ACTIVIDADES Y OBRAS CIVILES S.A. SUCURSAL
COLOMBIA Y OTRAS
Radicado No.: 23-2018-00520-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDADAS –
MODIFICA, ADICIONA Y REVOCA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Krzyzof Adam Sznirling instauró demanda ordinaria contra Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia y solidariamente a Dragados IBE Sucursal Colombia, Conca S.A., Constructora de Infraestructura Vial S.A.S. -Coninvial S.A.S.-, Concesionaria Vial de los Andes S.A.S. -Coviandes S.A.S.-, Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Nación – Ministerio de Transporte, con el propósito de que se declare que con la primera de las accionadas existió un contrato de trabajo por duración de la obra desde el 1 de diciembre de 2012 al 17 de julio de 2013, el cual terminó unilateralmente y sin causa, además, como quiera que formó parte de un despido colectivo y el empleador no solicitó autorización del Ministerio de Trabajo, el despido es ilegal.

En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el reintegro a su puesto o a un cargo de igual o superior categoría, al pago de salarios, prima de servicios, cesantías y sus intereses, vacaciones y aportes pensionales dejados de percibir. Así mismo, pidió la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías de los años 2013 y 2012 a un fondo, reliquidación de las primas de servicios, cesantías y sus intereses, vacaciones y aportes pensionales; al pago del valor de los tiquetes de regreso a España, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

De manera subsidiaria peticiona el pago de la indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa, correspondiente al valor de salarios al tiempo que faltare para cumplir el lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, es decir, hasta diciembre de 2016.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que estando viviendo en España, fue contactado por el señor Roberto Rodríguez, quien le ofreció trabajo en Colombia y por tal razón firmó contrato de trabajo el 29 de octubre de 2012 en el municipio de Santa Cruz de Tenerife (España), para prestar sus servicios personales como "OFC. 1ª GUNITADOR...CARRETERA ANTIGUA DE ACCESO A VILLAVICENCIO".

Explicó que en la cláusula novena del mencionado contrato se indicó que la relación laboral es con Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia, además, que fue traslado por aquella sociedad a prestar sus servicios en Colombia, sin embargo, al arribó ésta le hizo firmar un nuevo contrato de trabajo por obra o labor determinada el 1 de diciembre de 2012, para desempeñar el cargo de operario calificado, con una remuneración mensual básica de \$3.000.000, más auxilios generales por valor de \$3.000.000.

Refirió que su empleador procedió el 16 de julio de 2013 a terminar el vínculo laboral, aduciendo que el 15 de julio de 2013 se le notificó la finalización definitiva del contrato de obra para la que había sido contratado. Sin embargo, adujo que la obra estaba programada a finalizar en el mes de diciembre de 2016, además, para la fecha de desvinculación su empleador también le terminó el contrato de trabajo a la mayoría de sus trabajadores, presentándose un despido colectivo.

Aludió a que la cesantía del año 2012 no fue consignada a un fondo, además, que el 17 de julio de 2013 su empleador procedió a cancelar la liquidación de contrato de trabajo por valor de \$12.869.593, sin embargo, se efectuó con un salario de \$3.200.000 y no con el salario real recibido, por tanto, adeudando la diferencias en las prestaciones sociales. Por último, esgrimió que Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca y, como integrantes del Consorcio Dragados Conca y, son solidariamente responsables de las obligaciones laborales, al ser contratantes y beneficiarias de la obra; aspecto que sucede lo mismo con Coninval S.A.S., Coviandes S.A.S.-, Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Nación – Ministerio de Transporte. (Cuad.1, fols. 27 a 36).

2. Contestación de demanda

2.1. Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca y S.A. En su respuesta se opusieron a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no tuvieron ningún vínculo laboral con el demandante, en tanto que aquel y AOCISA celebraron un contrato de trabajo de obra o labor determinada para la excavación y sostenimiento del túnel 6 sector 2, objeto del contrato civil suscrito entre Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca y, como integrantes del Consorcio Dragados Conca y su empleador; vínculo laboral que terminó con aplicación del artículo 62, literal d del C.S.T., ya que AOCISA recibió notificación el 15 de julio de 2013 enviada por el Consorcio Dragados Conca y, acerca de la finalización anticipada del subcontrato de obra que se estaba ejecutando.

En su defensa propusieron la excepción previa de cosa juzgada y falta de legitimación en la causa y como excepciones de fondo las que denominó cosa juzgada, falta de legitimación en la causa, prescripción, pago, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe y genérica. (Cuad.1, fols. 103 a 121 y Cuad.4, fols. 1065 a 1068 y 1459 a 1481).

2.2. Coviandes S.A.S. y Coninval S.A.S. Al momento de recorrer el término de traslado las llamadas a juicio se opusieron a las pretensiones de la demanda, argumentando que no han tenido ningún tipo de vínculo laboral, contractual, comercial o de cualquier otra naturaleza con el demandante o Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia. Resaltó que para la fecha terminación del contrato de trabajo por duración de la obra o la obra determinada celebrado entre aquellos, las condiciones que lo originaron

(contrato de obra suscrito entre la empleadora y el Consorcio Dragados – Conca y) se extinguió, razón por la cual la finalización del vínculo laboral se dio en los términos del artículo 62, literal d del C.S.T.

Expusieron que la solidaridad a que hace referencia el demandante solo puede predicarse entre un contratista independiente y el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, y solo se configura en aquellos casos en los que las actividades normales de la empresa o negocio sean las mismas que se han recomendado para desarrollar por el contratista; supuestos que señaló no se reúnen en este asunto. Agregaron que en todo caso esta responsabilidad sólo opera con respecto a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, no siendo dable aplicar extensiva ni analógicamente supuestos no previstos en la disposición, además, dijo que no son las beneficiarias o dueñas de la obra en los términos del artículo 34 del C.S.T.

Propusieron las excepciones de mérito que denominó buena fe, inexistencia de las obligaciones, falta de título y causa en el demandante, cobro de lo no debido, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin justa causa y genérica. (Cuad.2, fols. 539 a 600 y Cuad.3, fols. 685 a 736).

2.3. Ministerio del Transporte. Dio respuesta con oposición de todas y cada una de las pretensiones, considerando que no tuvo ningún tipo de vínculo laboral o contractual con el accionante. Refirió que no se puede hablar de solidaridad del Ministerio de Transporte, por cuanto no se cumple ninguno de los requisitos ni es beneficiario del contrato, además, en tanto que dentro de sus funciones legalmente conferidas no está la de construcción o adecuación de vías. Atinente a los hechos, no le constó ninguno de ellos y en su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación contractual entre el demandante y el Ministerio de Transporte, inexistencia de la solidaridad y genérica. (Cuad.4, fols. 1258 a 1275).

2.4. Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-. Al contestar el libelo introductorio se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos 37 y 38, pero respecto de los restantes señaló que no le consta o no son ciertos. Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligaciones laborales a cargo de la ANI e improcedencia de la solidaridad patronal invocada y, cobro de lo no debido. (Cuad.4, fols. 1280 a 1289).

2.5. Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia. En auto adiado 31 de marzo de 2017, se tuvo por no contestada la demanda. (Cuad.4, fols. 1082 y 1083).

3. Contestación demanda y llamamiento en garantía

3.1. Liberty Seguros S.A.

3.1.1. Frente al llamado de Coninval S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que entre el demandante y la aseguradora no existió relación jurídica o contractual. Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, sostuvo que le fue solicitada la expedición de la póliza núm. 2003434, donde el tomador y afianzado fue Consorcio Dragados Conca y como asegurado o beneficiario a Coninval S.A.S., sin que dentro de las coberturas se encuentre el pago de salarios, prestaciones y/o indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo, por cuanto la beneficiaria no ostento la calidad de empleador del actor, tampoco tiene responsabilidad solidaria en una eventual condena, en los términos del artículo 34 del C.S.T.

Como excepción previa propuso falta de integración del Litis Consorcio Necesario y como de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido (restricción de la póliza), existencia de coaseguro con Seguros del Estado, límite del valor asegurado, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, prescripción laboral, compensación y genérica. (Cuad.4, fols. 1102 a 1112).

3.1.2. Frente al llamado de Coviandes S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que entre el demandante y la aseguradora no existió relación jurídica o contractual. Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, sostuvo que le fue solicitada la expedición de la póliza núm. 2003434, donde el tomador y afianzado fue Consorcio Dragados Conca y como asegurado o beneficiario a Coninval S.A.S., sin que dentro de las coberturas se encuentre el pago de salarios, prestaciones y/o indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo, por cuanto la beneficiaria no ostento la calidad de empleador del actor, tampoco tiene responsabilidad solidaria en una eventual condena, en los términos del artículo 34 del C.S.T.

Como excepción previa propuso falta de integración del Litis Consorcio Necesario y como de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido (restricción de la póliza), existencia de coaseguro con Seguros del Estado, límite del valor asegurado, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción de este, prescripción laboral, compensación y genérica. (Cuad.4, fols. 1118 a 1128).

3.1.3. Frente al llamado de Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que entre el demandante y la aseguradora no existió relación jurídica o contractual. Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, sostuvo que le fue solicitada la expedición de la póliza núm. 25796, donde el tomador y afianzado fue Actividades y Obras Civiles S.A. y como asegurado o beneficiario a Consorcio Dragados Conca, sin que dentro de las coberturas se encuentre el pago de salarios, prestaciones y/o indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo, por cuanto la beneficiaria no ostento la calidad de empleador del actor, tampoco tiene responsabilidad solidaria en una eventual condena, en los términos del artículo 34 del C.S.T.

Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido (restricción de la póliza), Liberty Seguros S.A. únicamente responde por el porcentaje del coaseguro, límite del valor asegurado, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, prescripción laboral, compensación y genérica. (Cuad.4, fols. 1118 a 1128).

3.2. Segurexpo de Colombia S.A. En escrito aparte se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que entre el demandante y la aseguradora no existió relación laboral ni vínculo jurídico alguno. En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, exclusiones consagradas dentro del contrato de seguro, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de cumplimiento entre particulares No. 25796, compensación, imposibilidad de afectación del amparo de salarios y prestaciones sociales y límite del valor asegurado.

Frente al llamamiento en garantía se opuso al mismo aduciendo que no es responsable de pagar indemnización del perjuicio o su reembolso que llegare a sufrir el Consorcio Dragados Conca, por cuanto se desconocen las normas que rigen el contrato de seguir, el texto del contrato de seguro de cumplimiento entre particulares núm. 25796 y por la configuración de la prescripción del mismo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, exclusiones consagradas dentro del contrato de seguro, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de cumplimiento entre particulares No. 25796,

compensación, imposibilidad de afectación del amparo de salarios y prestaciones sociales y límite del valor asegurado. (Cuad.4, fols. 1207 a 1217).

3.3. Seguros del Estado S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor. Admitió los hechos del llamamiento en garantía y frente a la demanda propuso las excepciones de ausencia de responsabilidad de constructora de Infraestructura Vial S.A.S., por cuanto no se encuentra probada la solidaridad. Mientras que sobre el llamado formuló las excepciones de mérito que denominó cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguros de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones e indemnizaciones, compensación, límite de la responsabilidad y genérica.

(Cuad.4, fols. 1515 a 1533).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de noviembre de 2020, en la que el fallador declaró que entre el actor y la sociedad Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia, existió un contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, cuya vigencia fue entre el 1 de diciembre de 2012 al 16 de julio de 2013, en donde desempeñó el cargo de operario calificado, el cual terminó por justa causa. En consecuencia, condenó a la citada demandada y solidariamente a las sociedades Dragados IBE Sucursal Colombia y Concay S.A., como integrantes del Consorcio Dragados Concay, Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S., así mismo a las llamadas en garantía Liberty Seguros S.A., Segurexpo de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A. hasta el límite del porcentaje y valores asegurados, a pagar a favor del actor las diferencias en las vacaciones, intereses a las cesantías, prima de servicios, cesantías y sanción por la no consignación de cesantías, debidamente indexadas; a la reliquidación de aportes a pensión y costas del proceso.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral. Del análisis del recaudo probatorio, el fallador de primera instancia colige que el actor efectivamente suscribió un contrato de trabajo por duración de la obra determinada con la empresa de Desarrollos y Actividades Marítimas, para prestar servicios de oficial comunicador en la carretera antigua acceso de Villavicencio; dicho contrato se celebró en la ciudad de Santa Cruz de Tenerife (España) y, por tanto, se regirá por la legislación vigente en ese territorio nacional, ya que fue allí donde surgió jurídicamente, por consiguiente esta jurisdicción no es competente para pronunciarse, máxime cuando la empresa no está demandada.

Observó que el 1 de diciembre de 2012 el actor suscribió contrato de trabajo por obra o labor determinada con la sociedad Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia, para desempeñar el cargo de operario calificado, devengando la suma de \$3.000.000, más un auxilio de \$3.000.000. Expuso que a pesar de que el mencionado contrato se refiere que este lo sería por obra o labor determinada para la excavación y sostenimiento del túnel 6, sector 2, lo cierto es que también allí apreciaba que las partes hicieron constar o aclaran que éste lo sería también indefinido mientras duraran las condiciones que lo originaron. No obstante, sostuvo que la intención del contrato de trabajo celebrado entre las partes lo fue bajo la modalidad de obra o labor determinada, de cara al propio dicho del demandante y del testigo Rafael Prieto; labor que estaba atada a la vigencia del contrato civil entre su empleador y Consorcio Dragados Concay.

En cuanto los extremos temporales de esa relación laboral dijo que lo era entre el 1 de diciembre de 2012 al 16 de julio de 2013, con una remuneración compuesta de \$3.000.000 y un auxilio de \$3.000.000; vínculo que terminó con justa causa dada la expiración del plazo pactado por la terminación de la obra contratada, debido a que el Consorcio Dragados Concay finalizó de manera anticipada el contrato de excavación y

sostenimiento del túnel 6 – sector 2- que celebró con AOCISA, decisión que notificó el 15 de julio de 2013.

En lo que hace a la reliquidación reclamada por el actor citó los artículos 127 y 128 del C.S.T., para significar que todo lo que recibe un trabajador por desempeño de su actividad es salario en principio, a menos que sea por mera liberalidad del empleador, siempre que se pacte o exista cláusula de exclusión salarial de manera expresa, clara, precisa y detallada de los rubros o conceptos cobijados en ella. De esta forma, apreció que en el contrato de trabajo se estipula que el actor recibiría la suma de \$3.000.000 por auxilio general, sumas que efectivamente devengaba como dan cuenta los comprobantes y desprendibles de pago; además, que en la cláusula del citado nexo laboral se estableció que aquellos auxilios otorgados voluntariamente no constituían salario ni tienen carácter de factor salarial. Por lo dicho, refirió que la estipulación contractual se realizó de forma general y no se dejó sentando, tampoco en las demás cláusulas, condición expresa, clara, precisa y detallada la exclusión salarial de dicho rubro.

Expresó que no se tiene certeza de cuál era la finalidad que tenía el pago, por lo que concluyó que estaba destinado a retribuir directamente su servicio, por manera que debía acceder a reliquidar prestaciones sociales y aportes pensionales, teniendo en cuenta su incidencia salarial. Respecto a la sanción por la no consignación de cesantías indicó que no existe medio de prueba tendiente a demostrar que se realizó el depósito del auxilio de cesantía del año 2012 a favor del demandante por parte de la empresa empleadora, tampoco justificación del empleador para no haber cumplido con su obligación, debiéndose por tanto impartir su condena.

Atinente a las pretensiones subsidiarias esgrimió que, al haber prosperado las principales, no debía estudiarlas. Frente a la responsabilidad subsidiaria citó el artículo 34 del CST y con base en dicho referente normativo expuso que el contrato de concesión se encuentra definido en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por manera que conforme a los contratos suscritos por las codemandadas y sus objetos sociales que corresponden a la construcción de obras civiles, se cumplen con los presupuestos de la norma sustantiva del trabajo que se hizo alusión, a excepción de la Agencia Nacional de Infraestructura y al Ministerio de Transporte en virtud del contrato de concesión que las exime de responsabilidad solidaria.

En lo que respecta a los llamados en garantía aludió a las pólizas de cumplimiento en favor de entidades particulares núm. 25796-47150 -10 BG expedida por Segurexpo Colombia y Liberty Seguros S.A., compañías con participación del 50%, cuyo fin fue la de amparar salarios prestaciones e indemnizaciones, misma que entró en vigencia el 15 de octubre de 2012. Así, indicó que las aseguradoras deberán responder en un 50% cada una por la condena que se determinó en contra de Dragados Ibe Sucursal Colombia y Conca y quienes integran el Consorcio Dragados Conca.

Frente al llamado que hizo Coviandes S.A.S. y Coninval S.A.S. a Liberty Seguros S.A. conforme a la póliza de seguros de cumplimiento en favor de entidades particulares número BO-2003434, mediante la cual se ampara el cumplimiento del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones y esta última a Seguros del Estado S.A., con base en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares núm. BO-23434, en la que se advierte que allí figura como coaseguradora, las citadas aseguradoras están llamadas a responder hasta el límite de los porcentajes contratados y asegurados. (Cuad.4, Cd. a fol. 1550).

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación aludiendo que la fecha de terminación del contrato de trabajo ocurrió el 17 de julio de 2013, tal como se encuentra acreditado con la certificación laboral y la carta de finalización, debiéndose modificar el extremo final de la relación laboral declarada. Indicó que debe abrirse paso a la indemnización por despido sin justa causa en tanto que no se pactó que la condición del contrato de trabajo era respecto de la obra con el consorcio Dragados Concay o con un tercero, pues *"sencillamente se señaló unas obras de realizar, pero en el objeto del contrato de ninguna manera se estableció que fuese a ser lo que dure el contrato con la entidad (...) sencillamente se realizó unas obras sin condicionarlas a la vigencia de un contrato con un tercero"*, de ahí que no sea con justa causa la terminación del vínculo laboral.

Refirió que la ANI y el Ministerio de Transporte son solidariamente responsables de las obligaciones laborales e indemnizaciones dada la naturaleza jurídica del contrato de concesión, la cual se encuentra definida en el artículo 80, numeral 4 de la Ley 80 de 1993 y se concreta a la realización de una obra donde el beneficiario es el estado, supuesto que se alinea al artículo 34 del C.S.T. Por último, en lo atinente a la indemnización moratoria dijo que, si bien fue solicitada como pretensión subsidiaria, también lo es que las pretensiones principales se encontraban enfocadas a la ineficacia del despido, por manera que, al no haber prosperado, debe ser estudiada y concedida conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (Cuad.4, Cd. a fol. 1550).

5.2. Dragados IBE Sucursal Colombia y Concay S.A. En su alzada esgrimieron en cuanto a la sanción por la no consignación de cesantías, que el hecho de que el empleador entrará en liquidación judicial y no se presentará al proceso, por ende, tampoco se constituye como sujeto procesal es de relevancia a la ahora del análisis de la condena impuesta sobre este aspecto. Sostuvieron que actuaron de buena fe al relevar a la empleadora directa en los pagos que le corresponden y la obligación de consignar las cesantías en el término contractual no dependía de ellas, toda vez que estaba supeditado directamente de la empleadora.

Refirieron que asumieron la responsabilidad laboral de la sociedad AOCISA y de manera diligente procedieron a pagar las acreencias laborales a los trabajadores vinculados, de acuerdo con la información que aquella le suministró, por consiguiente, tenía el pleno convencimiento de que estaba satisfaciendo todos los derechos de los trabajadores al finalizar el contrato objeto de litigio. Esbozaron que la solidaridad en este evento no aplica en tanto que fue sobre hechos exógenos a la voluntad de las sociedades integrantes del consorcio. (Cuad.4, Cd. a fol. 1550).

5.3. Coninval S.A.S. y Coviandes S.A.S. En su recurso de apelación expusieron que, si bien no se encuentra establecido de manera concreta la no exclusión de los auxilios otorgados al demandante, no obstante, correspondía a un auxilio de vivienda y de mantenimiento, además, dentro del contrato se estableció que dicho emolumento de cierta forma no constituida salario. Refirieron que, respecto de la obligación de cancelar la indemnización por no consignación del auxilio a cesantías, el Curador Ad Litem no desplegó labor tendiente a verificar si en efecto esa cesantía fue consignada al fondo respectivo, aunado a que el A quo, tampoco aplicó sus facultades de ultra y extra petita, para evidenciar si hubo o no pago de la misma. Así las cosas, solicitaron que este Tribunal entre a comprobar si en efecto hubo la consignación y en tal sentido se decrete la prueba.

De otro lado, manifestaron que han demostrado buena fe, además, que se debe establecer si en efecto son solidariamente responsables de las condenas, a más porque los aportes a pensión no están cubiertos en tanto que el artículo 34 del C.S.T. establece

que la solidaridad es únicamente respecto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. (Cuad.4, Cd. a fol. 1550).

5.4. Segurexpo de Colombia S.A. Señaló en su recurso de apelación que el A quo reconoció que efectivamente el señor Krzysztof Sznirling había sido contratado en la ciudad de Tenerife en España y manifestó que no se pronunciaría sobre tal relación, en tanto que no tenía competencia. Sin embargo, refirió que se trató de un solo contrato de trabajo, por tanto, debió aportarse, máxime cuando el actor manifestó que los pagos se recibían en España. En relación con la prescripción derivada del contrato de seguro adujo que la presunta relación laboral inició en diciembre de 2012 y hasta el 17 de julio de 2013, sin embargo, la aseguradora solo se notificó del llamamiento en garantía hasta el 28 de febrero de 2018, es decir, 5 años después de haber finalizado el vínculo laboral, de ahí que de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio opere dicha excepción.

Expuso que en un proceso civil fue condenada y canceló lo que el Juzgado ordenó, y si bien no propuso en la contestación de la demanda la excepción de cosa juzgada, en tanto que la orden se dio con posterioridad, si debe ser declarada. Respecto de la compensación, esgrimió que dentro de las condiciones de la póliza se estableció la reducción de la indemnización, además, que obra en el expediente acta de conciliación celebrada el 21 de diciembre de 2014, por manera que se debe dar aplicación a la cláusula de compensación establecida en el contrato de seguros, a más porque la deuda del consorcio supera el valor de la condena. En lo atinente a la excepción de imposibilidad de afectación del amparo, indicó que en el Juzgado 32 Civil del Circuito se presentaron todos los documentos laborales, para mostrar la cantidad del siniestro, pero no tuvo en cuenta ni cuidado el consorcio la situación laboral de cada trabajador y sobre los cuales reclamó a la aseguradora. Esbozó que esa falta de cuidado no debe ser asumida por la asegurada, por disposición del artículo 1074 y 1078 del Código de Comercio. (Cuad.4, Cd. a fol. 1550).

5.5. Liberty Seguros S.A. La llamada en garantía formuló recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, coadyuvando las intervenciones de los apoderados del extremo pasivo en relación con las inconformidades de la sentencia. En lo atinente a la condena de la sanción moratoria expuso que aquella debe ser analizada bajo la óptica de la buena o la mala fe y en esa medida, debió reconocer la existencia de buena fe dado a que el auxilio fue excluido como factor salarial entre las partes.

En lo que respecta a la póliza 257996-47150-10 BG expedida por Segurexpo de Colombia S.A. y en la cual Liberty seguros S.A. ostenta una participación como coasegurador de un 50%, se adhirió a los argumentos esbozados por dicha asegurada. Frente a la póliza BO-2003434 expedida por Liberty seguros S.A. indicó que debe ceñirse a las estipulaciones y normativas que rigen el contrato de seguro, de manera que el Consorcio Dragado Conca y al no ser declarado verdadero empleador del demandante, en tanto fue subcontratista, no podía afectar la póliza de cara al condicionado general.

Finalmente, solicitó que este Tribunal realice un pronunciamiento expreso de las excepciones propuestas y concretamente en la que se denomina extinción de la acción no generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, ya que el contrato de seguro se mantuvo vigente hasta el 17 de julio de 2013, la demanda se radicó el 30 de mayo de 2014, el auto que ordenó su vinculación data del 13 de diciembre de 2017 y se notificó el 29 de enero de 2018, transcurriendo 2 años a que se refiere el artículo 1089 del Código de Comercio. (Cuad.4, Cd. a fol. 1550).

5.6. Seguros del Estado S.A. Como fundamentos de su apelación manifestó que el A quo pasó por alto el artículo 1037 del Código de Comercio, en lo que hace a las partes del contrato de seguros contenido en la póliza de cumplimiento particular número

3645101011721. Explicó que el amparo se encuentra relacionado en las condiciones generales por medio de las cuales se cubre a la entidad asegurada, es decir, a Coninvial S.A.S. por los perjuicios que se le ocasionen a raíz del incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del contratista, esto es, Consorcio Dragados Conca, pero siempre que sea el verdadero empleador.

Indicó que el empleador fue Actividades y Obras Civiles S.A. quien para el contrato de seguro resulta ser un tercero totalmente ajeno a la póliza y al contrato garantizado, por lo tanto, las responsabilidades que estén en su cabeza frente al pago de las prestaciones sociales no se pueden trasladar como carga a la aseguradora. Resaltó que el A quo tampoco tuvo en cuenta la cobertura exclusiva de los riesgos pactados de la póliza donde no se encuentran cubiertos los perjuicios correspondientes a obligaciones que no constituyen salario como quiera que el amparo se circunscribe únicamente al pago de la remuneración que tenga carácter salarial. Agregó que las vacaciones no hacen parte de las prestaciones sociales, además, el amparo no se extiende a cubrir el personal de los subcontratistas, ni pagos al sistema de seguridad social y parafiscal.

Destacó que existe una imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por la imposición de la sanción moratoria, pues no es una indemnización que genere el amparo previsto en el contrato de seguros. Por último, indicó que la aseguradora no debió haber sido condenada en solidaridad, sino debió operar el reembolso en los términos del artículo 64 del CGP. (Cuad.4, Cd. a fol. 1550).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el A quo omitió pronunciamiento sobre la indemnización moratoria, pese a que incluso solicitó adición de la sentencia en ese sentido, adición que fue negada inexplicablemente. Expuso que la misma debe abrirse paso, en tanto, que su empleadora no actuó con buena fe.

6.2. Coninvial S.A.S. y Coviandes S.A.S. En su escrito de alegaciones sostuvieron que el Juez de primera instancia erró al momento de determinar que el salario del aquí demandante correspondía a \$6.000.000, teniendo en cuenta que no existe prueba o sustento alguno que permita concluir dicha afirmación, además, tampoco se logró establecer con claridad el salario devengado, existiendo únicamente como prueba, el contrato laboral y un certificado laboral que fue emitido con posterioridad a la terminación del contrato laboral, el cual fue suscrito por el señor Carlos Andrés Pérez Reyes, quien no se encontraba autorizado para suscribir el mismo.

Refirieron que fue pactado un salario mensual básico correspondiente a 3.000.000 y auxilios generales de 3.000.000, los cuales, correspondía a auxilios de vivienda, alimentación, y otros beneficios que la empresa le otorgaba a sus trabajadores y que como bien se evidencia en las cláusulas quinta y décima tercera, los mismos no tienen carácter salarial por cuanto así lo pactaron las partes, cláusulas que no fueron tenidas en cuenta por el A quo, que manera que de conformidad con lo contemplado por el artículo 128 del CST, dicho auxilio no constituye salario, además porque no remuneró la prestación personal del servicio. Indicaron que no es dable atribuirles responsabilidad solidaria, teniendo en cuenta que las actividades realizadas por el demandante eran eminentemente técnicas y especializadas, que difieren de las realizadas por las sociedades.

6.3. Segurexpo de Colombia S.A. Advirtió en sus alegaciones que solicitó al A quo adición a la sentencia en razón a que omitió el análisis y pronunciamiento de las excepciones presentadas por la aseguradora, no obstante, indico que ya había proferido

la sentencia decidiendo no adicionarla; por lo cual, solicita el estudio de las excepciones y medios de defensa formuladas dentro del proceso.

6.4. Dragados IBE Sucursal Colombia y Concaay S.A. Indicó que actuaron de buena fe al relevar a la empleadora directa del demandante - (AOCISA), en los pagos que a esta correspondían y que estaban pendientes en favor de los trabajadores contratados por esta. Insistió en que asumió la responsabilidad laboral de la sociedad AOCISA y de manera diligente procedió a pagar a los trabajadores vinculados por esta última conforme a la información y cálculos, que ésta le suministró para el cumplimiento de estas obligaciones, con el pleno convencimiento de que estaba satisfaciendo absolutamente los derechos de los trabajadores, al finalizar el contrato objeto de litigio. Aludió a que la solidaridad no aplicaría en este caso por virtud de que la condena impuesta por el juzgador de primer grado fue sobre hechos exógenos a la voluntad de las sociedades integrantes del consorcio y en tiempo anterior a la terminación del contrato objeto de debate, aspecto que propende por la no imposición de dicha penalidad a cargo de estas.

6.5. Liberty Seguros S.A. Señaló que la eventual responsabilidad o cobertura de la póliza BO 2003434, ha debido ser valorada en su literalidad, alcance y condiciones contractuales reguladas por el Código de Comercio, no siguiendo la cuerda de las responsabilidades laborales concluidas a las empresas demandadas. Explicó que Actividades y Obras Civiles S.A. no es garantizado o afianzado en la póliza, como tampoco dicha relación se dio en el contexto del contrato asegurado 123-OT 020-001, de donde no hay riesgo alguno objeto de cobertura por la aseguradora.

6.6. Seguros del Estado S.A. Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, esto por cuanto no se acreditan los elementos mínimos para la afectación de la póliza vinculada al proceso, para que en su lugar se absuelva a las demandadas y llamada en garantía por cuanto carecen de obligación respecto de lo pretendido por el actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿Se equivocó el juez de primer grado al tomar como extremo final de la relación laboral el día 16 de julio de 2013 y no concluir que dicho hito debía ser el 17 de julio de 2013, en tanto que así lo demuestran las pruebas documentales?
- (ii) ¿Fue acertada la decisión de primera instancia al estimar que de conformidad con el principio de territorialidad previsto en el artículo 2 del CST, la normatividad nacional quedó totalmente descartada en tanto el actor celebró contrato de trabajo de duración determinada en territorio extranjero?
- (iii) ¿La suma recibida por concepto de auxilio general constituye factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente reajustar las prestaciones sociales y vacaciones, así como los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones?

- (iv) ¿Hay lugar a estudiar las pretensiones que se propusieron en la demanda como subsidiarias y, a partir de allí imponer condena sobre la indemnización moratoria y por despido sin justa causa?
- (v) ¿Se equivocó el juez de primer grado al condenar la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en tanto que el empleador y las accionadas de manera solidaria no actuaron de mala fe?
- (vi) ¿Erró el juez de primer grado al considerar que Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca y S.A., son solidariamente responsables en el pago de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías que se le impuso a la otrora empleadora, dado que demostró actos de buena fe?
- (vii) ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó la juez de primer grado, al considerar que Coviandes S.A.S. y Coninval S.A.S., son solidariamente responsables en el pago de las condenas que se le impusieron a la otrora empleadora, en los términos del artículo 34 del CST?
- (viii) ¿Debe declararse la responsabilidad solidaria de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y el Ministerio del Transporte en el pago de las condenas que se le impusieron a la otrora empleadora, en los términos del artículo 34 del CST?
- (ix) ¿Se equivocó la A quo al colegir que las pólizas de seguros amparan el pago de las indemnizaciones, vacaciones y aportes pensionales objeto condena, sin que constituyan amparos del contrato de seguros?
- (x) ¿En el presente asunto es viable declarar probadas las excepciones propuestas por Segurexpo de Colombia S.A. denominadas prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro e imposibilidad de afectación del amparo de salarios y prestaciones sociales?

Relación laboral, su modalidad y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, extremo inicial, la modalidad o duración del contrato, el salario de \$3.000.000 que devengaba el actor, ni la labor de operario calificado desempeñada por aquel, en tanto que tales hechos no fueron recurridos por las partes.

Extremo final

En lo atinente a este aspecto, evidencia la Sala que el A quo se equivocó al sostener que la finalización de la relación laboral aconteció el 16 de julio de 2017, cuando los medios de convicción dan cuenta, sin lugar a dubitaciones que la prestación personal del servicio a favor de la encartada tuvo lugar hasta el 17 de julio del 2013, según se obtiene de la carta de terminación del contrato de trabajo y la certificación expedida por el empleador que obran a folios 33 y 34 del expediente, las cuales no fueron objeto de tacha de falsedad o desconocidas por las partes. Por lo anterior, esta Sala modificará el numeral primero de la sentencia reprochada y declarará que el hito final del vínculo contractual tuvo lugar el 16 de julio de 2017.

Principio de territorialidad

Debe recordarse que la discusión que propone Segurexpo de Colombia S.A. estriba en que el Juez de primer grado incurrió en error cuando estimó que no tenía competencia para pronunciarse sobre el contrato de trabajo por duración determinada que suscribió el demandante con la empresa de Desarrollos y Actividades Marítimas en el municipio de Santa Cruz de Tenerife (España), pues considera la censura que se trató de un solo vínculo laboral que incluye el periodo trabajado con Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia.

Sobre el particular considera la Sala desde ya que no pudo haber incurrido el A quo en el achaque endilgado por la aseguradora, pues al examinar el expediente se advierte que, contrario a lo esgrimido por la apelante, el contrato de trabajo celebrado por el promotor del litigio y la sociedad Desarrollos y Actividades Marítimas si se aportó al diligenciamiento, tal como obra a folios 24 a 26, cuyo objeto consistió en que el trabajador prestara sus servicios como "OFC. 1ª GUINITADOR", para la carretera antigua de acceso a Villavicencio, objeto disímil al pactado entre el señor Krzyszof Adam Sznirling y Actividades y obras civiles S.A. de fecha 1 de diciembre de 2012 que correspondió a "operario calificado" y estuvo dirigido a la excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2 de la nueva calzada del proyecto de la carretera Bogotá – Villavicencio, según se advierte del contrato suscrito el 18 de septiembre de 2012 por Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia y Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca S.A.

Ahora, dado que el contrato fue convenido en el municipio de Santa Cruz de Tenerife (España), entre el actor, residenciado en España y Desarrollos y Actividades Marítimas, sociedad que también se encuentra radicada en España y no fue demandada en este proceso, contrato que no se encuentra regulado por la legislación colombiana, sino por la de dicho país, pues así se predica de su texto, impone tanto a la sala como al cognoscente de primer grado un límite para efectuar pronunciamiento de fondo, en términos del artículo 2º del CST.

Es importante poner de presente que el hecho de que en la estipulación novena denominada "*protección de datos de carácter personal*" que hace parte de la cláusulas adicionales al contrato de trabajo celebrado en el municipio de Santa Cruz de Tenerife (España) se haya señalado "*se informa al trabajador de que los datos personales que figuran en su curriculum vitae, en los formularios de ingreso en la compañía, así como los obtenidos como consecuencia de la relación laboral entre Actividades y obras civiles S.A. y el empleado*", se torna irrelevante para los efectos que pretende la censura, no solo por las razones antedichas en torno al disímil objeto del contrato, sino también porque Actividades y obras civiles S.A. es una empresa Española, según el certificado de existencia y representación legal en Cuad. 1, fols. 2 a 13, y porque si bien dicha sociedad cuenta con una sucursal en Colombia, dicha cláusula no demuestra la existencia de prestación del servicio a su favor y menos aún sin solución de continuidad con el contrato de trabajo existente entre el señor Krzyszof Adam Sznirling y Actividades y obras civiles S.A. reglado por la legislación Colombiana, pues como se dijo, el contrato del cual pretende declaratoria está regido por una legislación foránea no siendo de competencia de la Sala determinar si existió o no el nexo y si en virtud del mismo existió un traslado, atendiendo precisamente al principio de territorialidad de la ley que señala el artículo 2º del CST, que limita alguna consideración al respecto (T-1021/08).

Siguiendo este hilo conductor y de cara al inconformismo señalado por la aseguradora debe decir la Sala que aunque en la citada documental se menciona que la prestación del servicio lo sería en la carretera antigua de acceso a Villavicencio, tal aspecto en nada ayuda a verificar la existencia de único vínculo laboral, no solo porque el objeto del

contrato de trabajo celebrado por el gestor de la causa con Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia es disímil respecto del celebrado en territorio extranjero, sino, en tanto que fueron celebrados por distintas empresas y diversa legislación, resultando inviable alguna consideración al respecto .

En este punto, es necesario precisar que si bien a partir del principio *lex loci solutionis* implícito en el art. 2 del CST, las relaciones jurídicas se rigen por la ley del lugar donde se ejecute el contrato (SL4704-2021), no es menos cierto que en estos casos donde (i) el contrato celebrado entre las partes se sometió en todo a la legislación extranjera; (ii) el contratante Desarrollos y Actividades Marítimas no estaba radicado en Colombia sino en España y no fue demandado en la presente litis (iii) Actividades y obras Civiles S.A (respecto de quien se pretende declaratoria de relación laboral y unicidad del vínculo laboral con el celebrado en Colombia) es también una empresa Española, cuyo nombre fue incluido en una cláusula adicional al contrato regido por legislación española, y (iv) no demostró subordinación alguna antes del 1 de diciembre de 2012 por parte de la sucursal que se encuentra constituida en Colombia; la ley aplicable será la pactada o escogida por las partes, que en este caso corresponde a la legislación Española de acuerdo a las disposiciones del contrato que reflejan la intención de las partes, careciendo el Juez Colombiano de jurisdicción y competencia para conocer la controversia.

Ante tal panorama y teniendo en cuenta que no incurrió en error alguno el sentenciador de primer grado, no queda otro camino que mantener la decisión intacta.

Auxilio general

En lo atinente a determinar si el auxilio general tiene incidencia salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales, ya que las codemandadas se quejan de la intelección que llevó el A quo a determinar que son salario, considerando entonces, que el citado auxilio no constituye una verdadera retribución directa del servicio, por cuanto sus pagos fueron destinados a cubrir vivienda y mantenimiento, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad

enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo..."

Señala además la CSJ que *"aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."*

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

En línea con lo expuesto y de acuerdo con el acervo probatorio arrojado al informativo, en especial las nóminas que se encuentran adosadas a folios 67 a 69 del expediente, evidencia la Sala que el demandante percibió aparte de su salario básico un auxilio por valor mensual de \$3.000.000, el cual, según se evidencia del contrato de trabajo suscrito por el trabajador y empleadora, correspondía a un ingreso no salarial, ello en armonía a la cláusula quinta, mediante la cual las mismas partes dejaron por sentado que:

"QUINTA - las partes firmantes del contrato, con base en la facultad que les otorga el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 modificadorio del artículo 128 del código sustantivo del

trabajo, convienen que todos los beneficios otorgados voluntariamente por el empleador al empleado o sus dependientes, tales como, bonificaciones, auxilios, pagos extralegales directos e indirectos y en general cualquier auxilio, póliza de seguro, pago, prima, bonificación o beneficio extralegal que en forma habitual u ocasional llegare a reconocer el empleador al empleado o a sus dependientes y otros semejantes realizados en dinero o en especie, no constituyen salario, ni tienen carácter de factor salarial para efectos del cálculo de vacaciones, indemnizaciones y pagos en materia de seguridad social, como tampoco para efectos parafiscales."

Sin embargo, pese a que las encartadas consideran no podía desatenderse el pacto de exclusión salarial suscrito en razón a que prima la voluntad de las partes, para la Sala, tal como lo concluyó el juez de primer grado, se trata de un pago de naturaleza salarial, no sólo por la habitualidad y frecuencia con lo que percibió el actor, sino especialmente porque no se allegó prueba tendiente a descartar que se trató de una remuneración como contraprestación directa del servicio o que la suma percibida tampoco pretendía enriquecer el patrimonio y beneficiar al actor, menos aún a que correspondían a una necesidad específica que estaba implícita para que pudiese cumplir con la prestación del servicio, como lo sostiene Coninvial S.A.S. y Coviandes S.A.S. en su recurso de apelación cuando asegura que el mismo se entregaba para vivienda y mantenimiento.

Por lo dicho, considera la Sala que, a pesar de que las partes excluyen la incidencia salarial del auxilio recibido, el mismo realmente remuneraba el servicio al señor Krzysztof Adam Sznirling, ello en atención a la falta de prueba que demuestre lo contrario.

Así las cosas, en ningún dislate incurrió la Juez de primer grado al dejar la cláusula ineficaz y estimar que el auxilio extralegal constituye factor salarial y, por ende, impone su cómputo a la hora de liquidar prestaciones sociales, vacaciones y aportes del actor, derechos que al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 y 14 del C.S.T. son irrenunciables y autorizan tanto al A quo como a esta Sala a desconocer el efecto de los pactos que fueron suscritos al respecto. Lo anterior es razón suficiente para que esta Sala mantenga incólume dicha decisión.

Pretensiones subsidiarias

Para resolver el quinto cuestionamiento planteado por la Sala, es preciso señalar que las pretensiones principales del actor en su demanda inicial se contrajeron a perseguir la declaratoria de existencia del contrato de trabajo con Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia, solicitando a su vez declaratoria de que el contrato se terminó unilateralmente y sin justa causa; que su despido forma parte de un despido colectivo; que no se solicitó autorización del Ministerio de Trabajo y, por tanto, el despido es ilegal al carecer de efectos jurídicos, por ende, debe ser reintegrado a su puesto de trabajo, con el consecuente pago de salarios, prima de servicios, cesantías y sus intereses, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensión e indemnización por la no consignación de cesantías del año 2013. Mientras las pretensiones subsidiarias tuvieron como fin que se impusiera el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST e indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 de la misma codificación a cargo de las accionadas, como quiera que los pedimentos principales no tuvieran vocación de prosperidad.

Debe advertirse que las pretensiones principales declarativas y condenatorias quedaron comprendidas en los numerales del 1 al 16 del acápite de pretensiones declarativas y numerales 1 a 8 del acápite de pretensiones condenatorias, razón por la cual, de no prosperar, según quedó expuesto en el libelo demandatorio, daban paso a las petitorias de orden subsidiario.

Ahora, como se evidenció en los antecedentes de esta providencia, la sentencia de primer grado no accedió a las súplicas principales y declarativas enlistadas en los numerales 6 al 16 y 1 a 8 respectivamente, luego es evidente el desatino en que incurrió el cognoscente de primer grado al señalar que las pretensiones subsidiarias quedaban excluidas de toda discusión al haber tenido éxito de forma parcial las petitorias principales del escrito inaugural.

Así las cosas, en consideración a que las pretensiones principales que enlistó el actor no prosperaron y tomando en cuenta que en efecto el recurso viene dirigido a que se acceda a las pretensiones de orden subsidiario, resulta necesario que la Sala estudie la viabilidad de la indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa, así mismo, la sanción moratoria por la no consignación de cesantías del 2012, en tanto que también fue objeto de reproche por las codemandadas, al considerar que no hubo mala fe en su condición de solidarias responsables.

Indemnización moratoria y sanción por la no consignación de cesantías

Al respecto, cumple recordar que conforme al artículo 65 del C.S.T. si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

- Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST

Descendiendo al caso objeto de estudio, la Sala advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar del empleador demandado estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó la exclusión salarial del auxilio que denominó "*general*", cuando es claro que el dador de laborio quiso utilizar de forma indebida el contenido del artículo 128 del CST, en la medida que el emolumento percibido era una contraprestación directa de la actividad laboral de la demandante y, por ende, el pacto suscrito no podía producir sus efectos, pues así quedó evidenciado por la Sala como quiera que no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar lo contrario, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la indemnización que persigue la parte actora.

A lo dicho se suma que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene por sentado que *“los pactos de exclusión salarial suscritos por las partes de un contrato de trabajo, «no pueden servir de excusa por sí solos para exonerar al empleador de la indemnización moratoria, pretextando una firme creencia de su validez, pues admitir lo contrario, sería tanto como patrocinar estipulaciones contractuales que riñan con el ordenamiento jurídico sin ninguna consecuencia» (CSJ SL 2 may.2012, rad.38118).”* SL692-2021.

En consecuencia, se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 83, acta de reparto del 30 de mayo del 2014), por consiguiente, Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia deberá pagar a favor del señor Krzyszof Adam Sznirling, el valor de \$200.000, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 18 de julio de 2013 y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de prestaciones sociales. En este punto es importante precisar que, para la forma de calcular la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, esta Sala de decisión acoge la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003.

En tal sentido, se adicionará la sentencia de primer grado.

- Sanción por la no consignación de cesantías

En lo atinente a la sanción moratoria por falta de depósito del auxilio de cesantía, aduce la recurrente que se debió verificar si en efecto fueron o no consignadas al señor Krzyszof Adam Sznirling, pretendiendo que esta Sala decrete y practique prueba con miras a cotejar tal aspecto que fue omitido por el juez de primer grado.

Bajo ese panorama, lo primero que viene a propósito colegir es que al revisar la Corporación las pruebas allegadas al plenario, advierte que no se allegó medio de persuasión en aras de demostrar que en efecto se realizó el pago del auxilio de cesantías en un fondo o un actuar justificado por parte de la convocada, para abstenerse de consignar en oportunidad legal tal auxilio al fondo donde se encuentra afiliado el promotor del proceso, de esta forma se considera desde ya desacertado pretender que este colegiado remedie dicha situación probatoria y supla la carga probatoria que le atañe a la parte demandada.

En este punto, debe dejarse claro que para que proceda el decreto y práctica de pruebas en los términos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., se requiere que aparezca demostrado por lo menos la petición de la prueba en oportunidad procesal pertinente y que a pesar de haberse decretado en la etapa correspondiente, se hubiere dejado de practicar por el a quo sin justificación y culpa atribuible a la parte que la solicitó, situación que de plano no ocurrió, pues tal como se dijo en auto del 2 de mayo de 2022 el medio de convicción ahora solicitado no fue petitionado en la contestación de demanda y por ende tampoco fue decretado por el A quo.

De ahí que mal haría esta Sala en acceder a la solicitud, considerando que si bien *“el juez laboral debe ser garante de los derechos fundamentales, adoptando para ello las medidas que considere pertinentes (art. 48 CPTSS), en procura de la prevalencia del derecho sustancial”*, ello no implica que la Sala cuente con facultad para suplir la carga probatoria que compete únicamente a las partes, además el aceptar esta petición implicaría asumir el rol de parte, lo cual quebrantaría los principios constitucionales y legales que rigen la administración de justicia.

Corolario de lo expuesto, se concluye que el Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye en la apelación las codemandadas, al discurrir sobre la inexistencia de prueba de la consignación en el fondo de cesantías dicho auxilio del año 2012 y la falta de medio de persuasión tendiente a justificar tal negativa, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria de la cognoscente de primer grado, en lo que hace a este punto de reproche.

Indemnización por despido sin justa causa

Sobre este aspecto, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Hecha tal precisión, como se dijo en los antecesores de esta providencia, ninguna discusión se generó en torno a la modalidad de duración del contrato que celebraron las partes y que fue declarada por el cognoscente de primer grado, esto es que las partes convinieron que fuera por duración de la obra o labor determinada, modalidad consagrada en el artículo 45 del C.S.T.

Así, en aras de esclarecer lo que se debate, en efecto la documental que milita a folios 27 a 31 del cuaderno 1, acredita aquella modalidad de vinculación, cuya duración, atendiendo la literalidad de su parte introductoria, se circunscribe a:

"OBRA O LABOR DETERMINADA

CONTRATO: EXCAVACIÓN Y SOSTENIMIENTO DEL TÚNEL 6 DEL SECTOR 2

El objeto del presente Contrato es la construcción de las siguientes obras civiles del sector 2, a saber: la construcción de una calzada nueva en el sector 2: Puente Quetame (...) y el Mejoramiento de la Calzada Existente en los tramos (...) y las vías de conexión a Puente Quetame; dentro del proyecto de la carretera Bogotá – Villavicencio, cuyas obras principales son entre otras: La construcción de los Túneles 4,5 y 6 (sin galería de escape), la construcción de los puentes 1, 2, 3 y 4 las vías a superficie; las obras hidráulicas, geotécnicas, estructurales, de estabilización de taludes, asociadas a las obras principales; así como desarrollar durante la ejecución de los trabajos la gestión ambiental, el manejo de tráfico, el trabajo social y la custodia predial correspondientes."

De manera que surge patente que la duración del laborío dependía, sin condicionamiento distinto, a la subsistencia misma de la construcción de la obra civil del sector 2, lo que se reafirma cuando el actor en su declaración de parte dijo que había sido contratado para el sostenimiento del túnel 6 y puentes mediante la modalidad de un contrato de trabajo

de obra o labor contratada, en virtud del nexo civil celebrado entre su empleador y Dragados IBE Sucursal Colombia y Concay S.A., como integrantes del Consorcio Dragados Concay.

De allí que sea desacertado pretender, como lo hace la censura, que se desconozca la característica del contrato de trabajo que celebró el accionante con la demandada, pues es claro que estaba ligado a la ejecución de la citada obra o labor determinada como se enunció desde el libelo incoatorio, mismo que duraría hasta cuando se finalizara el nexo comercial o civil entre aquella y el Consorcio Dragados Concay, esto es, "*Contrato: Excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2 suscrito el 18 de septiembre de 2012*", cuyo objeto consistió en "*ejecutar las obras de excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2 entregado al CONSORCIO para su ejecución por Coninvia*" (Cuad.1, fols. 123 a 151).

Es notorio que el apelante, en su esfuerzo argumentativo, trata de variar el fundamento de sus pedimentos, en tanto que desconoció el objeto de la vinculación del actor, considerando que la obra o labor se encontraba indeterminada, debido a que no se especifica el nexo civil o comercial que lo originó, pretendiendo de algún modo ser reparado por dicho acontecimiento, aspecto no incluido en el libelo genitor, pues nada se dijo sobre tal situación en las pretensiones y hechos que fundamentaron la acción, por el contrario fue enfático en aducir que la modalidad convenida correspondió a la de duración de la obra o labor, cuyo objeto se centraba específicamente en la construcción de la obra civil del sector 2; de ahí que tal argumento deba ser desechado por la Sala, en pro de resguardar el debido proceso y el derecho a la defensa que le asiste a las codemandadas.

Conforme a lo anterior, si la duración del contrato de trabajo estaba supeditada únicamente a la ejecución y vigencia del contrato de obra, surge como evidente que la demandada sólo quedaba legitimada para finiquitarlo de modo legal, entre otras, por terminación del convenio suscrito con el Consorcio Dragados Concay, esto es, conforme al literal d) del art 61 del C.S.T., en el primer evento, o por la configuración de alguna de las causales establecidas en el literal a) del art 7 del Decreto 2351 de 1965 o previo pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de lo pactado conforme al artículo 64 del C.S.T.

Bajo ese hilo conductor, en cuanto al modo en que terminó la relación laboral en el presente asunto, el caudal probatorio da cuenta válidamente que su finalización correspondió a una decisión unilateral que se justificó en lo definido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., es decir, en la causa legal consistente en terminación de la obra o labor contratada.

Así las cosas, como quiera que se encuentra acreditado con la documental adosada a folios 208 a 213 del Cuad.1, que además no fue objeto de reparo por el demandante, que el contrato de excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2 celebrado entre Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia y Dragados IBE Sucursal Colombia y Concay S.A. finalizó de manera anticipada el 15 de julio de 2013, fuerza concluir que la terminación del contrato de trabajo del actor que se produjo el 17 del mismo mes y año obedece a una causal legal, esto es por culminación de la obra o labor contratada, de allí que no haya lugar al pago de la indemnización por despido sin justa, tal y con acierto lo encontró el juez de primer grado.

Por consiguiente, se mantendrá incólume la decisión que tomó el A quo.

Responsabilidad solidaria de Dragados IBE Sucursal Colombia, Concay S.A., Coviandes S.A.S., Coninvial S.A.S., Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Ministerio del Transporte

Aduce la accionada Dragados IBE Sucursal Colombia y Concay S.A. que no son responsables solidarios del pago de la sanción moratoria, ya que actuaron de buena fe al relevar a la empleadora directa en los pagos de acreencias laborales que le corresponden, además, la obligación de consignar las cesantías en el término contractual no dependía de ellas, toda vez que estaba supeditado directamente a la empleadora.

Por su parte, consideran las sociedades Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. que tampoco son solidariamente responsables del pago de la sanción moratoria por la falta de consignación de cesantías y aportes pensionales, no solo por lo esbozado con anterioridad por la codemandada, sino, además, porque debe establecerse si en efecto son responsables solidarios del pago de dicha condena, máxime porque los aportes a pensión no están cubiertos en tanto que el artículo 34 del C.S.T. expone que la solidaridad es únicamente respecto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Finalmente, alega el demandante que la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y el Ministerio del Transporte son solidariamente responsables en el pago de las acreencias laborales.

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia SL 13686 del 2017, acerca a lo estipulado en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida, ha señalado la Corporación que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que, la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera exigiendo la citada disposición se demuestre (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante¹; (iii) que exista contrato de trabajo entre el contratista y el actor; (iv) que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en el presente asunto no existe duda de la relación laboral entre el demandante y Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia, dado que no fue hecho controvertido por las partes. Además, tal y como fue planteado el recurso de apelación, no fue materia de discusión por Dragados IBE Sucursal Colombia y Concay S.A., que son solidarias responsables, en términos del artículo 34 del CST, de los emolumentos condenados por el A quo, a excepción de la sanción moratoria por la falta de consignación de cesantías, pues consideran que actuaron de buena fe; punto sobre el cual se hará

¹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

mención una vez se defina la responsabilidad solidaria de Coviandes S.A.S., Coninvia S.A.S., Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Ministerio del Transporte.

Dicho esto, se entrará a verificar, entonces, la responsabilidad solidaria alegada, de manera que dadas las probanzas recaudadas en el plenario se puede establecer que entre Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia y Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca S.A., como integrantes del Consorcio Dragados Conca, se celebró un contrato de excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2. Así mismo, entre Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca S.A., como integrantes del Consorcio Dragados Conca y Coninvia S.A.S., como beneficiaria del servicio, existió un vínculo de derecho civil, además, entre esta última y Coviandes S.A.S. se sostuvo un contrato de igual naturaleza, en tanto se arrojó al cartapacio lo siguiente:

- ✓ Contrato General de Obras No. 444-123-10 suscrito por Coviandes S.A.S. y Coninvia S.A.S. el 5 de noviembre de 2010, cuyo objeto consistió en *"(...) la construcción de las obras de una nueva calzada ubicada en el tercio medio de la carretera Bogotá – Villavicencio sector el Tablón-Chirajara, la construcción de obras dentro del corredor actual, y el mejoramiento de la carretera antigua de acceso a Villavicencio de conformidad con lo establecido en Las Especificaciones de Construcción tal y como se relaciona en el numeral 20.2 del presente contrato. Las obras se ejecutarán, de conformidad con los diseños Fase III elaborados por COVIANDES y revisados por el INCO y las Intervención CONINVIAL, mediante la suscripción del presente Contrato, asume los diseños como propios, y por lo tanto el riesgo de diseño. Este riesgo podrá ser transferido a sus subcontratistas, quienes deberán mantener a CONINVIAL indemne. Lo anterior, no exonera al Contratista del riesgo de diseño frente a COVIANDES"* (Cuad.3, fols. 601 a 634).
- ✓ Contrato de Construcción 123-OT-022-001 suscrito por Coninvia S.A.S. y Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca S.A., como integrantes del Consorcio Dragados Conca el 1 de agosto de 2012, cuyo objeto consistió en *"la construcción de las siguientes obras civiles del sector 2, a saber: la construcción de una calzada nueva en el sector 2: Puente Quetame (...) y el Mejoramiento de la Calzada Existente en los tramos (...) y las vías de conexión a Puente Quetame; dentro del proyecto de la carretera Bogotá – Villavicencio, cuyas obras principales son entre otras: La construcción de los Túneles 4, 5 y 6 (...)"* (Cuad.1, fols. 53 a 105).
- ✓ Contrato: Excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2 suscrito el 18 de septiembre de 2012 por Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia y Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca S.A., como integrantes del Consorcio Dragados Conca, con el objeto de *"ejecutar las obras de excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2 entregado al CONSORCIO para su ejecución por Coninvia"* (Cuad.1, fols. 123 a 151).

En ese orden, resulta necesario establecer la relación de causalidad entre los tres vínculos o contratos suscitados con anterioridad, a fin de verificar si hay lugar a endilgar responsabilidad solidaria a Coviandes S.A.S. y Coninvia S.A.S., en virtud del artículo 34 del CST, con ocasión de las obligaciones a cargo de Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia para con el señor Krzyszof Adam Szniriling.

Así es menester acotar en este punto que, la disposición legal reseñada y que enmarca la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios y demás acreencias laborales a que tienen derecho los trabajadores del primero, exige que las actividades que desarrollen uno y otro tengan similar o igual giro ordinario de actividades, es decir, tengan correspondencia en su objeto social. No obstante, ello no quiere decir que el contratista independiente deba cumplir labores idénticas a las que desarrolla el beneficiario de la obra para así dar lugar a la responsabilidad solidaria por

parte del último, ni tampoco que cualquier actividad desarrollada por el beneficiario del servicio de lugar a ello, en tanto, tal y como lo refiere el aparte normativo aquí estudiado, es necesario que las labores desarrolladas por estos coincidan en el fin o propósito que persigue el empresario, tal y como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL14540-2014.

Esclarecido lo anterior, se tiene que Actividades y Obras Civiles S.A., según certificado de existencia y representación legal tiene como objeto social, entre otras cosas: "A). *LA REALIZACIÓN DE TODA CLASE DE OBRAS CIVILES PARA CUALQUIER ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O ENTIDADES PRIVADAS*" (Cuad.1, fols. 2 a 13)

Dragados IBE Sucursal Colombia, tiene por objeto "A.- *LA CONTRATACIÓN, GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE TODA CLASE DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES EN SU MAS AMPLIO SENTIDO, TANTO PÚBLICAS COMO PRIVADAS Y EN PARTICULAR DE LAS OBRAS DE DRAGADO.*" (Cuad.1, fols. 151 a 160)

Concay S.A., tiene como objeto social "*LA CONSTRUCCIÓN DE TODA CLASE DE OBRAS DE INGENIERÍA CIVIL Y ARQUITECTURA DIRECTAMENTE Y A TRAVÉS DE CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL O ASOCIACIÓN CON TERCEROS PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS (...) PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE INGENIERÍA RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN*" (Cuad.1, fols. 14 a 20)

Por su parte, la sociedad Coviandes S.A.S., tiene como objeto social "(...) *LA PARTICIPACIÓN EN LICITACIONES DE DIFERENTES ÍNDOLE, PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN Y LA EJECUCIÓN DE AQUELLOS QUE LE SEAN ADJUDICADOS. EN DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRÁ EJECUTAR LAS ACTIVIDADES DE DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, EQUIPAMIENTO, CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO, FINANCIACIÓN, EXPLOTACIÓN Y OPERACIÓN POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN DE LOS PROYECTOS QUE LE SEAN ADJUDICADOS (...)*". (Cuad.1, fols. 21 A 23)

Mientras que Coninval S.A.S. tiene como objeto social "(...) *LA PARTICIPACIÓN EN TODO TIPO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN CALIDAD DE SUBCONTRATISTA Y COMO CONTRATISTA DE ACTIVIDADES DE OBRA Y CONSTRUCCIÓN NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS CON CONTRATISTAS QUE EJECUTE, PUDIENDO PARA TAL EFECTO, CELEBRAR CUALQUIER MODALIDAD DE CONTRATO, EN ESPECIAL LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO O E.P.C. (ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION). 2. LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS POR CUALQUIER ESQUEMA CONTRACTUAL QUE SE PACTE, EL DESARROLLO TOTAL O PARCIAL, POR CUENTA DE TERCEROS, DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y PRIVADAS BAJO CUALQUIER SISTEMA EN BIENES MUEBLES E INMUEBLES, CUALQUIERA QUE SEA SU DESTINACIÓN, ASÍ COMO LA GERENCIA DE PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS O PRIVADAS (...)*" (Cuad.1, fols. 534 a 536)

Como se puede observar existe un punto de convergencia entre las sociedades mencionadas y es aquel que está relacionado con la construcción de obras públicas o privadas, que por disposición le corresponde tanto a Coviandes S.A.S. como a Coninval S.A.S. En consecuencia, tienen un mismo fin, de allí que se considere que las actividades del subcontratista no le son ajenas o extrañas a los beneficiarios del contrato de prestación de servicios, con lo cual emerge sin dubitación el último elemento de la solidaridad que reclama el artículo 34 del CST.

En ese orden de ideas, es claro que el sentenciador de primer grado no se equivocó al colegir que Conviandes S.A.S. y Coninval S.A.S. en su condición de beneficiarias del servicio deben responder de manera solidaria por las condenas que se impusieron a Actividades y Obras Civiles S.A., dado que la actividad desarrollada por la subcontratista cubrió una necesidad propia de las beneficiarias, pues la construcción de obras

desarrolladas por las primeras, directamente están vinculadas con la explotación del objeto social de la tercera.

En esa orientación, es claro que las actividades realizadas y contratadas entre las codemandadas resultan conexas, afines y esenciales no solo para el desarrollo de sus objetos sociales, sino, también para la esencia y ejecución misma de los contratos de obra a los que atrás se hicieron alusión. Y es que en tratándose de contratos para la realización de obras nuevas o de mantenimiento y la solidaridad laboral del beneficiario o dueño de la obra, basta a traer a colación lo ya dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5121-2021:

"Tratándose de contratos para la realización de obras nuevas o de mantenimiento, la Sala ha considerado que no basta con que la actividad pueda servir de apoyo al negocio del beneficiario de la obra, sino que se requiere que haga parte de su esencia, en la medida en que sirva como soporte inherente al cabal desarrollo del objeto social (CSJ SL4400-2014).

Aquí, conforme a lo expuesto en la sentencia CSJ SL5033-2020, resulta oportuno recordar que esta Sala, en la providencia CSJ SL, 10 marzo 2009, radicación 27623, expuso:

*Y no se equivoca el Ad quem en dilucidar la existencia del giro ordinario de negocios como presupuesto de la solidaridad del beneficiario de la obra con el contratista independiente, dándole primacía a la realidad de la actividad de los negocios sobre las formalidades comerciales, de manera que se pueda predicar que cuando el empleador realiza por sí o por terceras personas, obras **nuevas o de mantenimiento, que van a ser parte de la cadena productiva, instrumento para la manipulación de las materias que se transforman o de los productos acabados, está justamente desempeñándose en el giro propio de sus negocios**; sería un contrasentido calificar esa actividad como extraña a las actividades normales de la empresa, simplemente, porque se omitió incluirla en la relación descriptiva del objeto social; o porque no se le da aplicación a la cláusula de reserva que suele aparecer en los estatutos sociales, aquella del tenor que aparece en el Certificado de la Cámara de Comercio de la entidad recurrente en casación: 'En general celebrar y ejecutar todo acto o contrato que se relacione con o complementa el objeto social principal'; o porque el empleador violó los límites de su objeto social, y se adentró en actividades ajenas a las formalmente declaradas en la Cámara de Comercio, caso en el cual, el espíritu tuitivo del derecho laboral ha de conducir a tomar una decisión que no implique que quien resulte sancionado sea el trabajador. (Negritas fuera de texto)*

Por otra parte, en la sentencia CSJ SL14692-2017, en la cual se precisó que surge la solidaridad cuando se contrata la ejecución de una obra que «[...] se requiere para dar estricto observancia a su propósito de explotación o como explica la doctrina y jurisprudencia foránea es una actividad que complementa "la terminación de ese producto, o servicio final (a modo de engranajes imprescindibles), actividades sin las cuales la empresa principal no podría trabajar o le sería imposible cumplir su finalidad"», en tanto existe una correlación directa, que constituye una actividad esencial e indispensable ligada con su objeto económico."

De cara al referente jurisprudencial resulta forzoso señalar que las actividades contratadas por las codemandadas son las propias para la consecución y cabal desarrollo y ejecución de su objeto social y contractual, de ahí que la Sala evidencie que en ningún momento incurrió en un dislate el A quo al señalar la existencia del nexo de causalidad necesario para declarar la responsabilidad solidaria de aquellas en el pago de acreencias laborales, a más porque las funciones que realizó el actor son afines a la actividad de construcción.

Ahora, en lo que hace específicamente a los reproches expuestos por las codemandadas, la censura expone que no puede ser declarada responsable solidariamente frente al pago de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías y aportes pensiones, toda vez que estos emolumentos no están comprendidos en el artículo 34 del CST. Empero, tal discernimiento no puede ser acogido por la Sala, ya que el concepto de "prestaciones" contenido en la citada disposición no puede limitarse o restringirse a las prestaciones sociales del CST como lo entiende la censura, pues la norma se refiere genéricamente a prestaciones nunca limitada a "sociales".

En todo caso, sobre este punto la jurisprudencia ha venido ampliando su intelección, como pasa en la sentencia SL3014-2019, reiterada en la SL3111-2021, admitiendo dicha posición:

"Por último, en cuanto a la inconformidad del censor frente a la condena impuesta relativa a la consignación de aportes de los demandantes, argumentado para ello que la solidaridad del artículo 34 del CST, en virtud de la cual se le extendió esa obligación, solo es aplicable respecto de salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, con lo que considera que se incurrió en una interpretación errónea de dicho precepto y del 22 de la Ley 100/93, debe indicarse, que el pago de aportes a la seguridad social sin lugar a dudas hace parte de las obligaciones del empleador, siendo estos la base para constituir o formar el derecho a la pensión, al punto que la omisión de afiliación al régimen pensional, conduce a que sea este quien responda por la prestación.

En esa medida, si bien no puede considerarse que los aportes constituyan en sí una prestación social, es el elemento esencial para la construcción o formación de una de carácter especial, razón por la cual, debe entenderse comprendida dentro de las prestaciones a las que alude el artículo 34 en cita, pues la intelección que debe darse a este precepto, es que su objetivo es que la solidaridad se haga extensiva respecto de todas las obligaciones laborales que el empleador tiene con sus trabajadores, y en esa medida debe concurrir el dueño de la obra o beneficiario del trabajo o actividad que para ella desarrolló"

Así las cosas, de ninguna manera le asiste razón a Coviandes S.A.S. y Coninvial S.A.S. para desligarse de la obligación ordenada en primera instancia, pues al configurarse la solidaridad del artículo 34 del CST, es dable que respondan de forma solidaria por las condenas infringidas al obligado principal o empleador.

Ahora, tampoco acierta la censura cuando estima que no puede ser condenada al pago de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, en tanto que actuado de buena fe. Ello en atención a que no es dable en estos asuntos entrar a verificar si el obligado solidario actuó de buena o mala fe, pues las solidarias por ministerio de la Ley se hacen garantes de las obligaciones, de manera que responden por efecto de la solidaridad y no por la calificación de su conducta, tal como se dijo en sentencia SL217-2018, misma en la que se acotó:

"De conformidad con lo anterior, el Tribunal no incurrió en los yerros jurídicos que le enrostra la censura, por cuanto esta Corporación ha insistido en que la responsabilidad solidaria estipulada en el artículo 34 del C.S.T., se predica del "beneficiario del trabajo o dueño de la obra", no sólo en lo atinente al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales adeudados por el obligado principal -el empleador-, luego de producirse el fenecimiento del contrato de trabajo, sino también respecto de las eventuales indemnizaciones derivadas de aquel vínculo subordinado, entre ellas, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., que resulta consecuencial de la omisión patronal de pago completo y oportuno de tales salarios y prestaciones, y si bien jurisprudencialmente se ha admitido que su imposición no surge de manera automática, sino que debe revisarse la conducta del empleador -buena o mala fe-, tal circunstancia no conlleva la exoneración de la condena al beneficiario o dueño de la obra, quien en

estos eventos resulta obligado dada su condición de garante, con ocasión del fenómeno de la solidaridad que opera en este caso por ministerio de la ley.”

Bajo dicha tesis, las condenas fulminadas en contra de Actividades y Obras Civiles S.A., entre las cuales se encuentra, sanción por la no consignación de cesantías, indemnización moratoria y aportes pensionales se hacen extensivas a Dragados IBE Sucursal Colombia, Conca S.A., Coviandes S.A.S., Coninval S.A.S. en virtud de la solidaridad señalada.

Con todo lo anterior, se impone confirmar la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la responsabilidad solidaria de estas, pero se adicionará la misma en el sentido de que las codemandadas Dragados IBE Sucursal Colombia, Conca S.A., Coviandes S.A.S., Coninval S.A.S. deberán pagar solidariamente los conceptos atrás referidos.

En lo concerniente a la inconformidad del demandante respecto de que la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y el Ministerio del Transporte deben ser responsables solidariamente no está llamada a prosperar de cara al contrato de concesión celebrado por la primera de aquellas y Coviandes S.A.S., modalidad contractual que tiene como característica esencial, señalada por el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que el concesionario actúa bajo su propia cuenta y riesgo, lo que supone que deberá asumir cualquier responsabilidad frente a terceros.

Así las cosas, considera la Sala que, contrario a lo esgrimido por el demandante, la conclusión que extrajo el juzgador de primer grado de la situación descrita, según la cual no se presenta la solidaridad de estas entidades prevista en el artículo 34 del C. S. del T., no es de ninguna forma desatinada, a más porque el Ministerio del Transporte, no tiene dentro de sus funciones legales y reglamentarias la construcción de obras, sino, la de formular y adoptar políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 87 de 2011.

Surge de lo expuesto que en la decisión recurrida no se presentan los yerros atribuidos por el demandante, lo que impone confirmar en lo que hace a este punto de apelación.

Llamamiento en garantía Segurexpo de Colombia S.A., Liberty Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A.

Sobre tal aspecto, aduce la aseguradora Segurexpo de Colombia S.A. que debió declararse probada la excepción de prescripción derivada del contrato de seguro, según lo dispone el artículo 1081 del Código de Comercio, además, cosa juzgada dado al proceso civil donde fue condenada a afectar la póliza de seguros; la compensación y la imposibilidad de afectar el contrato de seguros, toda vez que la amparada dentro del Juzgado 32 Civil del Circuito no presentó todas las reclamaciones laborales tendientes a demostrar la cantidad del siniestro, además, por cuanto al no tener diligencia al efectuar el presunto pago de las obligaciones de salarios y prestaciones el beneficiario del amparo, los perjuicios que se derivan de la falta de diligencia y cuidado no deben ser asumidos por la aseguradora, de conformidad con el artículo 1074 del Código de Comercio.

Por su parte, Liberty seguros S.A. se adhirió a los reproches señalados por Segurexpo de Colombia S.A., pero aseguró que no se puede afectar la póliza BO-2003434, ya que el Consorcio Dragado Conca no fue declarado verdadero empleador del demandante, en tanto fue subcontratista.

Mientras que Seguros del Estado S.A., destacó que la póliza de cumplimiento particular número 3645101011721 no puede ser afectada en tanto que ampara a Coninval S.A.S.

por los perjuicios que se le ocasionen a raíz del incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del contratista, esto es, Consorcio Dragados Concay, pero siempre que sea el verdadero empleador, situación que no ocurrió, pues Actividades y Obras Civiles S.A. Sucursal Colombia fue declarado patrono. Además, la recurrente ataca la sentencia aduciendo que el A quo tampoco tuvo en cuenta la cobertura de la póliza, ya que el auxilio general, las vacaciones, aportes al sistema de seguridad social ni la sanción moratoria no hacen parte del amparo.

En tal direccionamiento, en lo que hace al llamamiento en garantía, cumple recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que esté, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine qua non* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás. Resaltando, que el juez de trabajo es competente para definir la relación sustancial entre los citados, no sólo porque ello permite materializar el principio de economía procesal, sino, además, por cuanto de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterativa en señalar su procedencia dentro del proceso ordinario laboral, tal como lo fue en las sentencias SL 471-2013, SL 14540-2014, SL 14619-2014, SL 16675-2014, SL 5636-2019, SL 4570-2019, SL 5031-2019, SL 462-2021, SL 987-2021, entre otras.

En este punto, vale la pena aclarar que al revisar la línea jurisprudencial del Alto Tribunal, no existe una razón sólida que justifique apartarse de aquélla, máxime cuando se tiene dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ que dicha figura procesal cobra mayor relevancia en la medida que propende por el amparo del debido proceso de quien es convocado a responder por la indemnización del perjuicio o del reembolso que tuviere que hacer por cuenta de la relación legal o contractual de quien fue condenado en la sentencia, lo cual, a su vez habilita a las partes para solicitar el señalado reembolso, sin que tenga que asumir la carga de iniciar un nuevo proceso, en virtud del principio de economía procesal.

Con fundamento en lo anterior, resta examinar entonces si, como afirman las aseguradoras recurrentes, el juez de primer grado desconoció las condiciones de las pólizas, además, si prosperan los demás argumentos planteados en el recurso de apelación.

- Segurexpo de Colombia S.A. y Liberty Seguros S.A. (coaseguradoras)

A tal efecto, se allegó póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares 25796-47150-10-BG- coaseguradoras Segurexpo de Colombia S.A. y Liberty Seguros S.A.-, con vigencia entre el 15 de octubre de 2012 al 15 de junio de 2019, en virtud de la cual se aseguró la cobertura de "Cumplimiento, buen manejo del anticipo, prestaciones sociales, estabilidad en la obra"; se detalla como tomador Actividades y Obras Civiles Sucursal Colombia y como asegurado Consorcio Dragados Concay, además, se observa que ampara

los riesgos antes dichos en relación con la ejecución de las obras de excavación y sostenimiento del túnel 6 del sector 2 entregados al consorcio por Coninval. (Cuad.4, fols. 1375 a 1380)

Así las cosas, considera la Sala que la obligación impuesta a Consorcio Dragados Conca y relativa al pago de la indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, aportes pensionales y vacaciones no se encuentran cobijados por el contrato de seguro, tal como lo dijeron las aseguradoras Segurexpo de Colombia S.A. y Liberty Seguros S.A., por manera que es claro el error en que incurrió el juez primigenio al considerar que la aseguradora debía amparar el riesgo derivado de las citadas condenas.

Debe aclararse, que si bien es cierto en el acápite de la solidaridad se dijo que el concepto de "prestaciones" debe mirarse en sentido amplio y no restringido, ello no puede asumirse para el evento de la póliza de seguros, ya que se llegaría al absurdo de que toda obligación insoluta a cargo del tomador queda cobijada por la póliza, cuando de conformidad con el artículo 1045 del Código de Comercio, uno de los elementos esenciales del contrato de seguros es que se determine de manera clara e inequívoca el "riesgo asegurable".

Por lo expuesto, mal podría la Sala asumir por extensión que la indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, aportes pensionales y vacaciones se encuentran asegurados en la póliza bajo el riesgo de "prestaciones sociales", y en ese horizonte, lo procedente es darle la razón Segurexpo de Colombia S.A. y Liberty Seguros S.A.-, y modificar la decisión de instancia en su contra en tal sentido.

Cosa Juzgada

Frente a la cosa juzgada alegada por Segurexpo de Colombia S.A. no está llamada a prosperar, ante el hecho de que no se encontró demostrada la existencia de un fallo ejecutoriado o conciliación que se funde en el mismo objeto, con igual causa e identidad jurídica de las partes del presente proceso, de conformidad con el artículo 303 del CGP.

Compensación

Sobre el particular, es del caso resaltar, que la compensación está concebida como un modo de extinción de las obligaciones que opera cuando las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras entre sí, figura que se encuentra consagrada en el artículo 1714 del C. Civil, cuya finalidad es evitar el doble pago, la doble entrega de capitales y de ese modo simplificar las relaciones del acreedor y del deudor.

En ese orden, cuando hay un deudor que a su vez es acreedor de la misma persona de la que es deudora, de cosas de igual naturaleza, es viable conjurar el doble riesgo y producir la satisfacción de ambos sin desembolso alguno, restando la cantidad menor de la mayor; es por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han catalogado como un modo satisfactorio de extinción de las obligaciones. Sin embargo, para que dicha figura proceda necesario es que aquella se eleve en la oportunidad procesal dispuesta para ello, es decir, en la contestación al escrito inicial, en tanto, que el artículo 282 del CGP veda al juzgador para declararla de oficio, tal y como se dijo en sentencia SL2501-2018.

Así las cosas, con el fin de dilucidar el recurso propuesto por la asegura Segurexpo de Colombia S.A., mismo que está orientado a la procedencia de la compensación de las sumas de dinero que Consorcio Dragados Conca y reconoció que le adeuda a AOCISA, según acta de conciliación suscrita ante la Superintendencia de Sociedades, hay que decir

de entrada, que la Sala no encuentra razón a la censura en tanto que entre las partes no existen deudas recíprocas que compensar, dado que el trabajador no se constituyó en deudor del empleador y de la solidaria atrás mencionada, ni entre estas derivada del acta de conciliación que señala la aseguradora, toda vez que este reconocimiento es como consecuencia del contrato civil suscrito entre ellas, sumas distintas a aquellas por las cuales se impone condena al empleador y en forma solidaria a las demás codemandadas.

Bajo ese contexto, se confirmará en este punto la decisión reprochada.

Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro

Frente a este punto de apelación considera la censura que la figura de la prescripción originada en el artículo 1081 del Código de Comercio operó en el presente asunto, si en cuenta se tiene que la relación laboral inició el 1 de diciembre de 2012 hasta el 17 de julio de 2013 y fue notificada del llamamiento en garantía el 28 de febrero de 2018, cuando ya habían transcurrido más de dos años desde que el interesado, esto es, Consorcio Dragados Conca y tuvo conocimiento de no pago de salarios y prestaciones sociales al demandante y que dio base a la presente acción.

Al respecto, debe precisar la Sala que esta jurisdicción especialísima es competente para resolver lo relacionado con las excepciones que haga la llamada en garantía, como por ejemplo la de prescripción, pues así lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar lo siguiente:

"Ahora bien, para resolver conjuntamente la parte final del cargo segundo y lo propuesto en el cargo tercero, en lo relacionado al tema de la legitimación del llamado en garantía para excepcionar la prescripción, basta con citar la sentencia de la Sala de Casación Civil de esta Corporación, que explicó en su sentencia CSJ SC5885-2016 que, así como este puede coadyuvar a la defensa de la parte que lo llama, también puede «en el ámbito de su derecho de defensa, debatir la existencia, eficacia, extinción o vigencia de la relación sustancial que justifica su llamamiento», y, por tanto, se encuentra habilitado para proponer excepciones y presentar pruebas.

(...) En conclusión, no existió error en torno a la legitimación de la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S. A., para presentar la excepción de prescripción, reprochada en la parte final del cargo segundo y el error de hecho 2º del cargo tercero, en lo relacionado a las acciones que se derivan del contrato de seguro, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, así como para debatir la «extinción o vigencia de la relación sustancial que justifica su llamamiento», en el marco de su contestación (f.º 591 del cuaderno n.º 2), efectuado en el mismo escrito de la contestación de la demanda principal, atendiendo plenamente el término legal, como lo hizo constar la providencia del 30 de enero de 2015 (f.º 617, ibídem) (...)" (SL3751-2021)

Aclarado lo anterior, según la previsiones del artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro comienza desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, caso en el cual será de dos años (prescripción ordinaria); o será de cinco años que correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho (prescripción extraordinaria).

En el primero de los casos, que es el que atañe su estudio por parte de la Sala, el término de prescripción empezó a correr desde que el interesado, para el caso, Consorcio Dragados Conca y, tuvo o debió tener conocimiento del hecho que generó la cobertura, es decir, el 2 de septiembre de 2013, data en la que el demandante citó a conciliación ante el Ministerio de Trabajo al mencionado consorcio y puso en conocimiento los

derechos ahora pretendidos (Cuad.1, fol. 39), y hasta el 2 septiembre de 2015, fecha en la que vencía el término prescriptivo de los dos años a que hace alusión el citado referente legal. Así las cosas, el término de la prescripción no operó en tanto que Dragados IBE Sucursal Colombia, empresa integrante del Consorcio Dragados Concay, radicó el 25 de febrero de 2015 solicitud de llamamiento en garantía de la aseguradora ante el juez de primera instancia.

En virtud de lo dicho, es claro que no ocurrió el fenómeno extintivo en la medida que no transcurrió el término de dos años a que hace alusión el artículo 1081 del Código de Comercio. Por consiguiente, no prospera la excepción de prescripción reclamada.

Imposibilidad de afectación del amparo de salarios y prestaciones sociales

Aduce la censura que de conformidad con el artículo 1078 del Código de Comercio, la consecuencia del incumplimiento de la obligación a cargo del asegurado por su falta de diligencia y cuidado de mitigar su propio daño, es que podrá reducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento y en caso de que se compruebe la mala fe se causará la pérdida del derecho a la indemnización pretendida.

Sobre este tópico, cumple decir que tal excepción tampoco está llamada a prosperar si en cuenta se tiene que no se encuentra demostrado en este asunto que el asegurado, en este caso, Consorcio Dragados Concay, haya actuado con negligencia frente al no pago de obligaciones de salarios y prestaciones sociales del trabajador hoy demandante. Lo anterior, si en cuenta se tiene que la aseguradora no allegó medio de persuasión tendiente a demostrar tal hecho – falta de diligencia y cuidado de la beneficiaria del contrato de seguro frente a las acreencias laborales del actor-, además, porque al ser beneficiaria de la obra su responsabilidad no era directa frente a estos emolumentos, sino, subsidiaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del CST, responsabilidad solidaria que como se esbozó solo vino hacer declarada en este asunto.

En consecuencia y por lo brevemente expuesto habrá de negarse dicho medio exceptivo.

- Seguros del Estado S.A y Liberty Seguros S.A.

Ahora, se allegó póliza de seguro de cumplimiento núm. 2003434 - coaseguradoras Seguros del Estado S.A y Liberty Seguros S.A.- para particulares con vigencia del 1 de febrero de 2012 al 1 de diciembre 2017, junto con sus modificaciones, mediante la cual se aseguró el cumplimiento del contrato, buen manejo de anticipo, estabilidad de la obra, salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones laborales al personal en la ejecución del contrato de construcción No. **123-OT 020-001**; se observa como tomador y afianzado Consorcio Dragados Concay y como asegurado y beneficiario Coninval S.A.S. y Coviandes S.A.S. (Cuad.4, fols. 1035 a 1039)

Obra en el diligenciamiento anexos a la póliza de seguro de cumplimiento para particulares núm. 2087510 expedida por Liberty Seguros S.A., con vigencia entre 1 de agosto de 2012 al 01 de agosto de 2013, a través de la cual se aseguró el cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, pago anticipado, salarios y prestaciones sociales, en desarrollo del **contrato 023-001**; se observa como tomador y afianzado Consorcio Dragados Concay y como asegurado y beneficiario Coninval S.A.S. y Coviandes S.A.S. (Cuad.4, fols. 1040 y 1041)

Finalmente, se arrimó al cartapacio póliza de seguro de cumplimiento particular (coaseguro aceptado) expedida por Seguros del Estado S.A. núm. 36-45-101011721, con

vigencia entre el 1 de febrero de 2012 al 1 de diciembre 2017, en virtud de la cual se aseguró el cumplimiento, buen manejo de anticipo, estabilidad de la obra, salarios y prestaciones sociales del contrato de construcción No. **123-OT 020-001**. (Cuad.4, fols. 1534 a 1539)

Así las cosas, es claro el error en que incurrió el juez de primer grado al considerar que las aseguradoras debían afectar los contratos de seguro, si en cuenta se tiene que las citadas pólizas ampararon contratos distintos al alegado por las partes en este asunto, esto es, al **Contrato de Construcción 123-OT-022-001** suscrito por Coninval S.A.S. y Dragados IBE Sucursal Colombia y Conca y S.A., como integrantes del Consorcio Dragados Conca y el 1 de agosto de 2012, lo que impone revocar la decisión en lo que hace a este aspecto, declarando probada la excepción de cobro de lo no debido (restricción de la póliza).

Indexación

La solicitud de indexación sobre la reliquidación de prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles. Sin embargo, como quiera que las vacaciones y sanción por la no consignación de cesantías, objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación, estas deberán ser indexadas al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 18 de julio del 2013 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas

En esta instancia a cargo de las demandadas Dragados IBE Sucursal Colombia, Conca y S.A., Coninval S.A.S., Coviandes S.A.S., Segurexpo de Colombia S.A. y Liberty Seguros S.A. y a favor del actor, ante la no prosperidad en el caso de las cuatro primeras de los recursos de apelación propuestos y en el caso de la última ante la prosperidad parcial de la censura.

Ahora, como quiera que el recurso de apelación propuesto por el demandante se resolvió de manera desfavorable en lo que hace a los reproches elevados en contra de las codemandadas Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Ministerio del Transporte, se condenará en costas a aquel y en favor de las citadas entidades.

Finalmente, teniendo en cuenta que el recurso de apelación prosperó en lo que hace a Seguros del Estado S.A., se revocará la condena en costas en su contra.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral 1º de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** que entre el señor **KRZYZOF ADAM SZNIRLING** y **ACTIVIDADES Y OBRAS CIVILES S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada desde el 1 de diciembre de 2012 al 17 de julio del 2013, para desempeñar el cargo de operario calificado, el cual fue terminado con justa causa, conforme a la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** a la sociedad **ACTIVIDADES Y OBRAS CIVILES S.A. SUCURSAL COLOMBIA** y solidariamente a las sociedades **DRAGADOS IBE SUCURSAL COLOMBIA** y **CONCAY S.A.**, como integrantes del **CONSORCIO DRAGADOS CONCAY, CONINVIAL S.A.S. y COVIANDES S.A.S.**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$1.875.000** por diferencias de cesantías.
- b) **\$93.125**, por diferencia de intereses legales de cesantías.
- c) **\$1.875.000** por diferencias de prima de servicios.
- d) **\$2.341.667** por vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 18 de julio del 2013 y como IPC final al momento de su pago.
- e) **\$30.200.000**, por sanción por la no consignación de cesantías, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 18 de julio del 2013 y como IPC final al momento de su pago.
- f) Por concepto de indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST la suma de **\$200.000** correspondiente a un día de salario por cada día de retraso desde el 18 de julio del 2013 hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones adeudadas.
- g) Por reliquidación de **aportes a pensión** para los siguientes periodos:

2012	diciembre	30	\$ 3.000.000
2013	enero	30	\$ 3.000.000
2013	febrero	30	\$ 3.000.000
2013	marzo	30	\$ 3.000.000
2013	abril	30	\$ 3.000.000
2013	mayo	30	\$ 3.000.000
2013	junio	30	\$ 3.000.000
2013	julio	16	\$ 3.000.000

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral 2° de la sentencia reprochada, para en su lugar **CONDENAR** a las coaseguradoras **SEGREXPO DE COLOMBIA S.A.** y **LIBERTY SEGUROS S.A.-**, hagan efectiva la póliza de cumplimiento para particulares núm. 25796-47150-10-BG-, únicamente sobre la cobertura exclusiva de los riesgos amparados y hasta el máximo del valor asegurado, conforme a lo considerado.

CUARTO: REVOCAR parcialmente el numeral 2° de la sentencia reprochada, para en su lugar **ABSOLVER** a las llamadas en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.-** y **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones relacionadas con la afectación de las pólizas de cumplimiento para particulares núm. 36-45-101011721, 2087510 y 2003434, en armonía a lo motivado.

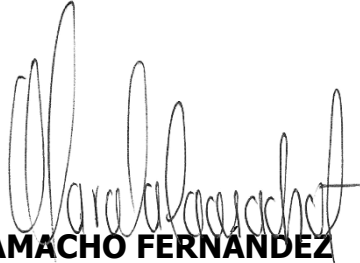
QUINTO: REVOCAR parcialmente el numeral 4° de la sentencia reprochada, para en su lugar **ABSOLVER** a la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, de la condena en costas. Sin costas en esta instancia, ante la prosperidad del recurso.

SEXTO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor del actor y a cargo de Dragados IBE Sucursal Colombia, Conca y S.A., Coninval S.A.S., Coviandes S.A.S., Segurexpo de Colombia S.A. y Liberty Seguros S.A. Las de primera instancia se confirman.

OCTAVO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Ministerio del Transporte y a cargo de actor. Las de primera instancia se confirman.

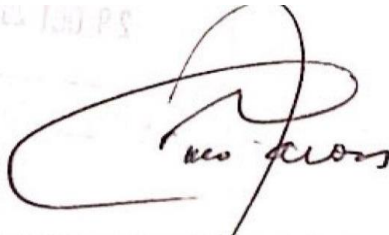
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(salvamento de voto parcial)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del actor y a cargo de Dragados IBE Sucursal Colombia, Conca y S.A., Coninval S.A.S., Coviandes S.A.S., Segurexpo de Colombia S.A. y Liberty Seguros S.A. en la suma de \$3.000.000 a cada una de ellas.

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Ministerio del Transporte y a cargo del actor en la suma de \$2.000.000 a cada una de ellas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MELCO TÉLLEZ
Demandada: MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.
Radicación: 04-2020-00472-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN DEMANDANTE

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Melco Téllez instauró demanda ordinaria contra Massy Energy Colombia S.A.S., con el propósito de que se declare que fue despedido en forma ilegal y sin justa causa el 30 de septiembre de 2017, al no pedir autorización ante el Ministerio de Trabajo, para efectos de su desvinculación. En consecuencia, pidió que se ordene a la encartada el reintegro al cargo que venía desempeñando al momento del despido, con el consecuente pago a título de indemnización, los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de percibir, debidamente indexadas. En subsidio de lo anterior solicitó que se dispusiera a su favor la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización por despido sin justa causa e indexación y, en todo caso, las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 4 de abril de 2016 celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año, para desempeñar labores de obrero raso, devengando la suma de \$1.244.280. Indicó que el 26 de mayo de 2016 sufrió un accidente de trabajo, concediéndole 2 días de incapacidad, además, que el 14 de abril del 2017, nuevamente sufrió infortunio cuando se encontraba laborando en el Cluster Underiver Sur a Norte, con incapacidad inicial de 5 días y posteriormente por 8 días más. Refirió que el 19 de abril de 2017 se realizó un examen médico donde se concluyó lumbago no especificado, razón por la cual se le recomendó reposo por 10 días.

Explicó que regresó a su lugar de trabajo el 7 de junio de 2017 y el supervisor de seguridad industrial le notificó la expedición de restricciones laborales desde el 30 de agosto de 2016, aspecto que era ignorado, pero plenamente conocido por su empleador. Luego de hacer alusión a su historial médico registrado el 7 de julio y 10 de agosto de 2017, sostuvo que el 30 de septiembre de ese mismo año le fue finalizado de manera unilateral el contrato de trabajo, pese a que ostentaba restricciones médicas, se encontraba en

proceso de rehabilitación, tenía órdenes médicas pendientes por las especialidades en ortopedia y traumatología, valoración por medicina laboral y clínica del dolor.

Replicó la causal que invocó la enjuiciada para el despido en tanto que se adujo que el contrato finalizó por la terminación de la obra o labor determinada, cuando es claro que su contrato de trabajo fue a término fijo inferior a un año, además, por cuanto a que no se solicitó previa autorización al Ministerio de Trabajo, dada su condición de salud.

(Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, pág. 2 a 6).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada aduciendo que el 30 de septiembre de 2017 le notificó al accionante la finalización de su contrato de trabajo, misma que obedeció a la causal objetiva contemplada dentro del literal d, numeral 1 del artículo 61 del C.S.T., esto es, en razón a la culminación de la obra o labor para la cual fue contratado y no por un despido injusto. Refirió que en principio la duración de la vinculación laboral fue bajo la modalidad de un contrato de trabajo a término fijo, no obstante, las partes el 3 de agosto de 2016, de manera consensuada y bilateral, suscribieron otrosí, por medio del cual convinieron la modificación de la duración, para que, en lugar de finalizar el 3 de agosto de 2016, su finiquito estuviera atado a la culminación de la obra contratada.

Sostuvo que no se encontraba obligada a solicitar autorización alguna al Ministerio del Trabajo para finalizar el contrato de trabajo del actor, en virtud de la sentencia SL1360-2018, además, dijo que para el momento de su desvinculación laboral no ostentaba ninguna condición que le otorgara estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, debido a que, al momento de la terminación del laborío, el mismo no se consideraba como una persona discapacitada, ni se encontraba incapacitado, tampoco presentaba ninguna restricción para desarrollar sus funciones y, por el contrario, desarrollaba sus funciones sin impedimento o dificultad alguna. Agregó que, en el examen médico ocupacional de egreso del trabajador, este no presentaba ningún tipo de restricción para el desempeño de su labor, por lo cual, dada a esta situación, sumada a que el demandante cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 0.0%, la llevaron a concluir que, para el momento del despido, no contaba con una protección de fuero de estabilidad reforzada en atención a su salud.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2.1 y 2.16 relativo a que el 4 de abril de 2016 las partes celebraron contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (1 mes) y la jornada laboral que realizó durante su vinculación. Respecto de los demás señaló no ser ciertos o no constarles. En su defensa formuló como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, subrogación de riesgos en cabeza de las entidades del sistema de seguridad social, improcedencia del reintegro, buena fe, prescripción, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 06ContestaDemandada).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de enero del 2022, en la que el fallador absolvió a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; condenando en costas al actor.

Para arribar a tal determinación se propuso verificar cuál fue la modalidad del contrato laboral que unió a las partes, el salario devengado y si el vínculo finalizó sin justa causa y de manera unilateral por el empleador. Así mismo, si al momento del finiquito de la relación laboral el trabajador contaba con estabilidad laboral reforzada y en caso

afirmativo el reintegro a su lugar de trabajo. Con tal propósito, afirmó que, si bien en principio la duración del contrato de trabajo fue a término fijo inferior a un año, también lo es que las partes el 3 de agosto de 2016 suscribieron otrosí por medio del cual se convino la modificación en cuanto a su duración, para que su finalización estuviese atada a la terminación de la obra o labor contratada, de tal manera que mutuo a un contrato de trabajo de obra o labor contratada. En relación con el salario sostuvo que el actor devengaba durante el primer año de trabajo la suma de \$1.244.280 y para el año 2017 \$1.452.000, por tal razón debía tenerlo para cualquier efecto.

Sentado lo anterior y luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, Decreto 2463 de 2001, al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a las pruebas allegadas al plenario, de entrada, dijo que en la historia clínica no figura recomendación o restricción alguna para el desempeño de su cargo y si bien la ARL Sura le notifica el dictamen de calificación de secuelas por el accidente de trabajo ocurrido el 14 de abril de 2017, lo cierto es que allí se señala un porcentaje de PCL del 0%, sin que apareciera dentro del proceso medio de convicción tendiente a verificar que el citado dictamen hubiere sido objeto de reparo.

Conforme a lo anterior, sostuvo que la estabilidad laboral reforzada no se otorgaba con el solo quebrantamiento de salud o por encontrarse el trabajador en discapacidad médica, pues debe acreditarse la discapacidad física, psíquica o sensorial, por lo que concluyó que el demandante no gozaba de dicho amparo, por ende, la empresa podía terminar el vínculo laboral sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo, además, en tanto que no existía duda que la terminación de la relación laboral finalizó de manera objetiva, esto es, en lo contemplado en el numeral 1° del artículo 61 del C.S.T., lo que le impedía sin dubitación alguna acceder al reintegro solicitado. (Expediente digital, audio 2020-00472-20220114_113537-Grabación de la reunión)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el **demandante** formuló recurso de apelación manifestando que en el plenario existe elementos probatorios suficientes entorno a que existió un contrato de trabajo entre las partes, bajo el cual, estando en horario de trabajo, sufrió un accidente de trabajo el 14 de abril de 2017, que le generó incapacidad laboral por 10 días, siendo remitido a la Clínica del Dolor y ortopedia de columna. Refirió que se reintegró con recomendaciones conocidas y entregadas directamente por personal de planta de la empresa, *“prueba esta de vital importancia y que quiso la suscrita mediante interrogatorio obtener confesión del representante legal con la posibilidad especial que si se dieran los requisitos que la ley prescribe, de su versión se estructurara una confesión bajo los parámetros del artículo 194 del C.G.P., siendo imposible dicha situación ante las constantes objeciones propuestas por el operador de justicia, bajo el entendido que por su corto tiempo de estar vinculado a la empresa, el representante legal no tenía por qué conocer hechos del accidente y posteriores al mismo, contraviniendo dicha disposición. Como puede apreciarse en audio de audiencia de pruebas, especialmente en el interrogatorio de parte del representante legal de la entidad demandada, estuvo rodeada de parcialidad y falta de objetividad de quien presidió la audiencia, aunado a lo anterior, tenemos desvinculación laboral el 30 de septiembre de 2017, la ARL Sura emite concepto el 21 de noviembre de 2017 y notifica el 29 de noviembre del mismo año. La Junta Regional de Calificación de Invalidez por su parte notifica su valoración el 16 de mayo del 2019, dos años después del accidente, lo que indica que, para la fecha del retiro de la empresa, no contaba con argumentos sólidos para terminar con claridad el estado de salud (...) y menos aún que su retiro se hiciera sin el aval del Ministerio de Salud (...)”* (Expediente digital, audio 2020-00472-20220114_113537-Grabación de la reunión)

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que la finalización del vínculo laboral entre las partes obedeció únicamente a la causal objetiva contemplada dentro del literal d) del numeral 1) del artículo 61) del CST, esto es, en razón

a la culminación de la obra o labor para la cual fue contratado y no a un despido injusto como erradamente lo pretende hacer valer el demandante. Así las cosas, indicó que no se esta ante un escenario de estabilidad laboral reforzada en favor de aquel, que le impidiera notificar el finiquito del contrato de trabajo o que la obligara a solicitar permiso algún ante el Ministerio de Trabajo, puesto que, con claridad, el señor Téllez no era una persona bajo una debilidad manifiesta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?
- (ii) Para tal fin deberá examinarse ¿La terminación de la relación laboral obedece a una causal objetiva y no como consecuencia de sus patologías?

Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, el salario devengado durante su vigencia y modalidad contractual; tampoco se controvierte la labor de obrero que ejerció en vigencia de la relación laboral el accionante, ni que el contrato de trabajo celebrado entre las partes fue finalizado por la terminación de la obra o labor para el que fue contratado, en los términos del literal "d" del numeral 1º del artículo 61 del C.S.T.; hechos que no fueron recurridos por las partes y además, se aceptaron en la contestación de la demanda.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Massy Energy Colombia S.A.S. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 30 de septiembre de 2017.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado "*la presunción de desvinculación laboral discriminatoria*", entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: "*en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*"

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 30 de septiembre de 2017, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le

impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a la patología denominada "Lumbago" derivada del accidente de trabajo del 14 de abril de 2017, calificado como tal por parte de la ARL Sura y las patologías de origen común diagnosticadas "*espondilosis + discopatía multisegmentaria por deshidratación con abombamiento y zonas de protusión en L4L5 Y L5S1 con zonas de contacto radicular + leves cambios de esclerosis subcondral facetaria bilateral de L5L51 encontradas no son derivadas del evento laboral*" (Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, pág. 52 a 54), sobre las cuales recibió tratamiento médico por médico general y por diferentes especialidades médicas, quienes expidieron incapacidades temporales y ordenaron valoración por medicina laboral y por ortopedia de columna y, en general servicios médicos, para alcanzar el grado de mejoría, tal y como da cuenta el resumen de historia clínica utilizado para calificar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral, según en el cual se expuso lo siguiente:

RESUMEN HISTORIA CLINICA APORTADA

AT 14/04/2017

MIENTRAS REALIZABA CAMBIO DE LINEA DE FLUJO VAPOR AL ALZAR TUBERIA ENTRE 4 PERSONAS CON UN PESO APROX COMPLETO 50 KG SENTIÓ "TIRON" EN ZONA LUMBAR BAJA, CON DOLOR INTENSO LOCAL, LIMITACION PARA LA MOVILIDAD, MARCHA CON DIFICULTAD. CONSULTO INMEDIATAMENTE A CLINICA MAZARROBAR NO TRAE HC DONDE DAN MANEJO MEDICO. AL DIA SIGUIENTE ES VISTO POR MSI EN DORADA QUE LE DA 5 DIAS DE IT Y MANEJO MEDICO. SE REINTEGRA A LABORAR. MAL RELATADOR DE HC, TRAE HC INCOMPLETA, REFIERE QUE REGRESO CON MSI QUE AMPLIA IT PERO NO TRAE HC. ADICIONALMENTE TRAE HC DEL 29 DE ABRIL DE 2017 CLINICA CLINITRAUMA DONDE ES ATENDIDO POR MEDICO GENERAL QUIEN DA MANEJO MEDICO Y DA 10 DIAS DE IT. LA SIGUIENTE HC TRAE YA REPORTE DE RNM DE EMG DEL 07 DE JULIO DE 2017 EN DICHA VALORACION POR MEDICO GENERAL ENVIA MEDICAMENTOS Y REMISION APRA VALORACION DE CLINICA DE DOLOR Y ORTOPEDIA DE COLUMNA, NUEVAMENTE CONSULTA POR MEDICO GENERAL EN SU EPS EL 09 DE AGOSTO DE 2017 DONDE REMITEN PARA MEDICINA LABORAL Y VALORACION DE ORTOPEDIA DE COLUMNA. NUEVAMENTE ES VISTO EL 03 DE NOVIEMBRE DE 2017 DONDE ENVIA A CALIFICACION DE ORIGEN POR SU EPS Y DAN FST. HA REALIZADO 16SS DE FST TIENE PENDIENTES 4SS, ESTUVO EN IT 28 DIAS, SE REINTEGRO CON RECOMENDACIONES REFIERE QUE FUE RETIRADO EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2017 POR TERMINACION DE CONTRATO OTROS ROLES

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que se allegaron "RECOMENDACIONES PARA REINTEGRO LABORAL POST INCAPACIDAD" expedido por el empleador demandado el 7 de junio de 2017 (Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, pág. 55 y 56), cuyo propósito fue la de evitar la progresión de las enfermedades y ayudar en el proceso de rehabilitación, sugiriendo implementar, para su reincorporación laboral lo siguiente:

"En cumplimiento de las recomendaciones médicas dadas por su médico tratante en función de asegurar en su totalidad su proceso de rehabilitación, así mismo se después de realizarle la evaluación pos-incapacidad por parte de Herqs, ha aconsejado seguir recomendaciones en su estado con el ánimo principalmente de proteger su estado de salud y dar cumplimiento a la ley, este se debe desempeñar en los siguientes horarios de trabajo de 7:00 am a 4:00 pm el cual el trabajador deberá seguir las siguientes recomendaciones:

- *Cambio de posición cada hora como mínimo, peso máximo a manipular sin ayuda mecánica o de compañeros 15 kilos siguiendo protocolo de manejos de cargas, junto al cuerpo.*
- *Mantener ángulos de confort, al realizar labores con exposición a vibración de cuerpo entero evitar que sean por tiempos prolongados (o de forma continua, intercalar.*
- *Pausas activas, estiramiento muscular, evitar de forma repetitiva movimiento de flexo extensión y rotación de columna. (hacerlo en bloque) evitar por tiempos prolongados posición en cunclillas o agachado.*
- *Hidratación adecuada*
- *Al subir o bajar, escaleras hacerlo con tres punto de apoyo.*
- *Asistir a las citas programadas por su médico tratante, tomar los medicamentos ordenados.*
- *Seguir protocolo de ergonomía de la empresa, reinducción en el cargo, higiene postural*
- *Uso completo de sus elementos de protección personal.*
- *Pausas activas*
- *Al caminar por terreno irregular hacerlo con paso firme.*
- *Especial cuidado con la manipulación de cargas*

- *Reinducción al cargo*”

Desarrollará su jornada de trabajo en el turno 6x1 a partir de la fecha indicada en el presente documento, bajo los siguientes parámetros (...)”

Lo anterior, conduce a puntualizar que todos los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afección que le impedía o dificultaba al actor ejecutar la labor de una manera regular, los cuales, no pueden ser desestimados o echados de menos porque aquel al momento de la finalización del vínculo laboral no tenía un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de obrero raso, tal como lo dijo el Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, pues siguiendo los derroteros expuestos por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

En ese sentido, si bien es cierto reposa dentro del plenario dictamen realizado por ARL Sura del 21 de noviembre del 2017 en el que se le estableció una pérdida de capacidad laboral del 0% respecto de la enfermedad derivada del accidente de trabajo, también lo es que la citada calificación dejó en evidencia que se dictaminó la enfermedad dimanada respecto del siniestro que ocurrió el 14 de abril de 2017, omitiendo por parte de los calificadores las enfermedades que se catalogaron como de origen común por ellos, frente a las cuales, según se lee allí, el actor estaba recibiendo tratamiento médico, encontrándose pendiente de valoración por medicina laboral y ortopedia, y de la realización de la calificación que finalmente decidiera el origen de las patologías por parte de la EPS.

Entonces, imperativo resulta para el A quo descartar la calificación de la mengua laboral, toda vez que, como se anotó, a pesar de que reporta esa disminución en tal porcentaje (0%), ello lo fue porque se descartó otros diagnósticos que aún se hallaban pendientes de tratamiento médico y se encontraban en proceso de determinación sobre su origen, máxime cuando aquel sobrevino tiempo después del despido efectuado el 30 de septiembre de 2017 por el empleador, de cara a la fecha en que fue proferido el dictamen (21 de noviembre del 2017).

Por consiguiente, debido a que se debía acreditar la discapacidad al momento del desahucio, es claro que debió excluirlo y valorar en conjunto los demás medios de convicción allegados que, por demás, muestran palmariamente que, al momento de la ruptura del laborío se encontraba en situación de discapacidad que le impedía sustancialmente la ejecución de la labor, es decir, en condiciones regulares o habituales para su oficio, pues no de otra forma se entiende que para dicho momento se encontrará en tratamiento médico dada las patologías que en principio se catalogaron de origen común, las cuales se encontraban a la espera de la determinación de su origen en primera oportunidad por la EPS.

Todo lo cual permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impedían o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) Al momento de la finalización del contrato laboral el demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud, además, que para el momento del desahucio se encontraban vigentes recomendaciones laborales que habían sido expedidas por el mismo empleador; (iii) Lo anterior, ratifica que las patologías diagnosticadas al actor eran de conocimiento de la demandada; acotando que (iv) Aunque

existe un dictamen de pérdida de capacidad laboral que señala una mengua laboral del 0%, es evidente que el mismo debe ser descartado en tanto que se excluyeron enfermedades determinadas como de origen común por los calificadores, las cuales, según el haz probatorio, continuaron con el tratamiento médico respectivo y tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, dado que alteraron las condiciones de trabajo; (v) A lo anterior se suma, que al estar derogado el Decreto 2463 de 2001, no podía determinarse si aquel porcentaje trae consigo o no una limitación moderada, severa o profunda, escalas a las que de todas maneras no puede acudir para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad (SU 049/17 y T-035/22).

De lo hasta aquí analizado, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por el demandante sí se vieron afectadas por su patología y en esa medida se encuentra razón a la censura cuando asegura que dichas evidencias no fueron apreciadas por el sentenciador de primer grado, mismas que daban cuenta de la real afectación en su salud, que le dificultaba ejecutar la labor de manera normal o regular, de ahí que se evidencie un claro error en su intelección al no estimar que aquel se encontraba amparado bajo la prerrogativa constitucional y legal de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud.

Esto último, en tanto que no existe circunstancia alguna que permita justificar que la terminación del contrato no se produjo con ocasión al estado de salud del actor, pues Massy Energy Colombia S.A.S. no logró desvirtuar la presunción del despido discriminatorio, dado que, aunque sustentó su decisión en una razón legal, es claro que tal justificación no es de recibo para esta Sala, de cara a las patologías que afectaron drásticamente la labor para la fecha en que incurrió el desahucio.

Lo anterior dado que, aunque no fue objeto de reproche que su vinculación tuvo lugar a través de un contrato por duración de la obra o labor determinada, dada a la modificación que se hizo al contrato de trabajo inicialmente pactado, el cual, terminó por la culminación de la obra convenida, esto es bajo una causal legal, lo cierto es que dadas las afectaciones en la salud del trabajador, mismas que eran conocidas por el empleador y que sin dubitación alguna incidieron en su desempeño laboral, ante la expedición de incapacidades laborales, recomendaciones laborales, tratamiento médicos y por la misma naturaleza de la enfermedad de cara a sus funciones, la encartada tenía la obligación de demostrar la imposibilidad física y material para reubicar al actor en otro cargo o a lo sumo que la materia del trabajo, las causas y necesidades del empleador que llevaron a la contratación de aquel no subsistieron y, por ende, ponerlas en conocimiento de la autoridad administrativa competente, para efectos de que aquella autorizara el finiquito del vínculo laboral.

No se puede desatender la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en la que se ha sentado que la causal para dar por terminado el contrato de trabajo por culminación de la obra o labor contratada no es una razón suficiente para finiquitar el vínculo laboral cuando se trata de aquellas personas que se encuentran aforadas bajo la estabilidad laboral reforzada. A propósito de lo discernido, en sentencia T-344 de 2016 se dijo al respecto:

"El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la relación laboral culminará "por terminación de la obra o labor contratada". No obstante, la Corte Constitucional ha reiterado que cuando se esté ante un sujeto de especial protección constitucional, el empleador no puede alegar como causal de terminación del contrato, el término pactado o la culminación de la obra o labor por la cual fue vinculado, pues la facultad que tienen las partes y en especial los patronos de optar por una modalidad contractual que permita limitar el tiempo de los contratos, se ve

delimitada por las normas constitucionales que tutelan el derecho a la estabilidad laboral reforzada, para aquellos grupos de especiales condiciones.^[18]

Lo anterior, tiene como fundamento la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada, como parte integral del derecho constitucional al trabajo y las garantías que se desprenden de este,^[19] *con el que se pretende erradicar cualquier forma de discriminación, por razones físicas o fisiológicas. (...)*

En conclusión, la estabilidad laboral reforzada se predica de todo contrato. En este sentido, la causal legal que se origina de los contratos a término fijo o de obra o labor contratada, como es el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no es razón suficiente para terminar la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual, deberá el empleador previo a la terminación del contrato, solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo, como lo estipula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, so pena de pagar al empleado una indemnización equivalente a 180 días del salario."

Y, en las sentencias T-263 de 2009, T-386 de 2020 y T-035 de 2022, se ha dejado sentado que:

"cuando la relación laboral depende de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el vencimiento del término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación¹. De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado²."

Bajo el anterior criterio jurisprudencial es claro el desatino en que incurrió el sentenciador de primer grado al colegir que existía una razón objetiva y no por razones de salud, para dar por terminado el contrato de trabajo, pues llama la atención de la Sala que la causal objetiva de finalización utilizada por el dador del laborío, esto es, "*por terminación de la obra o labor contratada*" no debió ser un referente que podía invocar para culminar el vínculo laboral del trabajador en situación de discapacidad, máxime cuando es claro que la labor de obrero raso, cuyas funciones radicarón principalmente en apoyar en todas las labores operativas básicas en cabeza de pozo y realizar la limpieza en zonas vedes e industriales en áreas de producción y mantenimiento, son afines al objeto empresarial de cara al certificado de existencia y representación legal que se observa en el plenario, lo que deja en evidencia que no existió imposibilidad física y material para reubicar al actor en otro cargo.

En esa medida debió la convocada a juicio, previo a la finalización del laborío, solicitar el aval correspondiente a la autoridad del trabajo, por manera que, ante tal omisión, se impone presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba al señor Melco Téllez, con el consecuente reintegro a su lugar de trabajo dada a la protección laboral por virtud del fuero salud comprobado.

En este punto, sería del caso revocar la sentencia apelada en tanto que negó el amparo de la estabilidad laboral reforzada al actor, sino, es porque evidencia la Sala que se debe declarar probada la excepción de prescripción que formuló en oportunidad legal la accionada, conforme a las razones que se esgrimen a continuación.

Excepción de prescripción

¹ Sentencia T-1083 de 2007.

² Sentencia C-016 de 1998.

Verifica la Sala que la encartada propuso como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción en la contestación de la demanda, frente a la cual ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, el 30 de septiembre de 2017, momento a partir del cual se hace exigible el derecho y como quiera que la demanda fue interpuesta el 3 de diciembre de 2020, conforme da cuenta acta de reparto, sin que se evidencie reclamó o petición tendiente a interrumpir la prescripción, es claro para esta Corporación que opera el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción, dado que el libelo introductorio se presentó cuando ya se había cumplido el término trienal previsto en las disposiciones que atrás se hicieron alusión.

Dadas esas razones, impone a la Sala declararla probada la excepción propuesta con la consecuente confirmación de la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a la demandada de todos y cada uno de los pedimentos elevados en su contra, pero por las razones aquí anotadas, que son claramente distintas a las utilizada por el cognoscente primigenio.

Costas

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

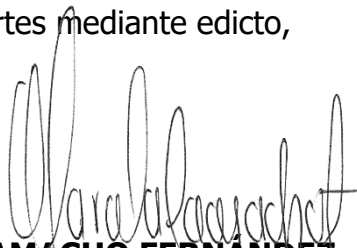
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de enero del 2022, en cuanto absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

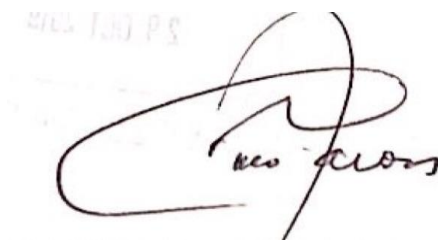
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FERNANDO E PÁEZ SORIANO
Demandados: FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA Y OTROS
Radicación: 24-2013-00549-02
Tema: HONORARIOS PROFESIONALES – APELACIÓN PARTES

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Fernando E Páez Soriano, instauró demanda ordinaria contra Carlos Adolfo Rodríguez Suárez, Christian Duque Martín, Davison Ramírez Arias, Silvio Andrés Duque Rondón, Silvio Duque Ávila, Vanessa Duque Rondón y Factoría del Vidrio S.A. Favidrio S.A. Liquidada, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de mandato que se extendió por todo el tiempo de desarrollo de los distintos procesos ordinarios y ejecutivos laborales que se siguieron en contra de los demandados y, en consecuencia, se condene a estos la suma que por concepto de honorarios fije el perito, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 844 del Código de Comercio y costas procesales.

En sustento de sus pretensiones señaló en síntesis que por auto núm. 405-018828 del 13 de octubre de 2010 se dio apertura del proceso de liquidación judicial de la sociedad codemandada, siendo designada como liquidadora a la señora Dora Hormaza León. Refirió que a raíz del despido colectivo y sin justa causa de los trabajadores de la empresa, estos demandaron indistintamente al empleador, a sus socios y al liquidador, presentando 29

procesos ordinarios 69 trabajadores, los cuales posteriormente se abonaron como ejecutivos laborales.

Indicó que apoderó judicialmente a los demandados en todos los procesos ordinarios y ejecutivos entre el 25 de julio de 2008 hasta su finalización y dada su gestión jurídica profesional adelantada los señores Carlos Adolfo Rodríguez Suárez, Christian Duque Martín, Davison Ramírez Arias, Silvio Andrés Duque Rondón, Silvio Duque Ávila y Vanessa Duque Rondón fueron absueltos y con respecto a la empresa tuvo un 17.3% de los procesos a su favor, 41.4% procesos conciliados y 41.3% con condena parcial.

Sostuvo que los demandados Silvio Andrés Duque Rondón y la sociedad codemandada, asumieron parcialmente los gastos originados por los diferentes procesos, por lo que absolutamente todos los gastos que se ocasionaron como consecuencia de los citados procesos fueron cubiertos por él, los cuales no han sido reembolsados. (Cuad.1, fols. 1 a 14).

2. Contestación de la demanda.

2.1. Silvio Duque Ávila, Silvio Andrés Duque Rondón, Christian Duque Martín y Vanessa Duque Rondón. Al dar respuesta a la demanda se opusieron a las pretensiones esbozadas en esta, aduciendo que no todos los trabajadores demandaron a los socios, además, cancelaron los gastos del proceso. Refirieron que con el actor arribaron a un acuerdo, el cual consistió en que aquel representaría los procesos laborales por la suma de \$15.000.000, de los cuales \$13.000.000 le fueron cancelados. Indicaron que el saldo no se ha entregado toda vez que, de acuerdo con lo pactado verbalmente, el demandante no ha entregado el informe de gestión realizada en los procesos que se terminaron. En su defensa propusieron las excepciones de fondo que denominaron falta de competencia, buena fe, temeridad y mala fe, cobro de lo no debido y genérica. (Cuad.1, fols. 79 a 84, 157 a 162, 175 a 180, 193, 194 y 196 a 201).

2.2. Davison Ramírez Arias. Al contestar el libelo introductorio a través de Curador Ad Litem se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos 1º, 2º, 5º y 10º, y respecto de los demás señaló que no le consta o no son ciertos. No propuso excepciones de fondo (Cuad.1, fols. 206 a 209).

2.3. Factoría del Vidrio S.A. Favidrio S.A. Liquidada. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no firmó contrato con la parte actora, además, que este no es el momento procesal para hacer la reclamación de su acreencia laboral. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º y, atinente a los restantes señaló que no le constaban. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la parte demandada, inexistencia de la relación laboral y renuncia tácita y prescripción del derecho invocado y cosa juzgada. (Cuad.1, fols. 229 a 232 y 340).

2.4. Carlos Adolfo Rodríguez Suárez. En auto adiado 21 de noviembre de 2013, se tuvo por no contestada la demanda. (Cuad.1, fols. 181 y 182).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de agosto del 2019, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales cuyo objeto fue la representación como parte demandada de 28 procesos ordinarios, mandato que cumplió a cabalidad por parte del demandante. Así las cosas, condenó a los demandados a reconocer y pagar a favor del actor las siguientes sumas de dinero:

- FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA: Por concepto de honorarios profesionales la cantidad de \$5.345.707,67.
- CARLOS ADOLFO RODRÍGUEZ SUÁREZ: Por concepto de honorarios profesionales la cantidad de \$2.384.416.
- CHRISTIAN DUQUE MARTÍN: Por concepto de honorarios profesionales la cantidad de \$5.448.368,33.
- DAVISON RAMÍREZ ARIAS: Por concepto de honorarios profesionales la cantidad de \$6.044.426,67.
- SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN: Por concepto de honorarios profesionales la cantidad de \$7.248.218,33.
- SILVIO DUQUE ÁVILA: Por concepto de honorarios profesionales la cantidad de \$9.355.734,33
- VANESSA DUQUE RONDÓN: Por concepto de honorarios profesionales la cantidad de \$6.363.676,67

Al igual, condenó a los encartados a reconocer y pagar intereses legales del 6% anual a partir del 1 de mayo de 2012, más costas del proceso.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, centró su atención en determinar si entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales, su objeto, honorarios pactados y si se cumplió con el mismo por parte del demandante, para posteriormente verificar si los demandados adeudan alguna suma de dinero.

Con tal propósito, luego de citar los artículos 2142, 2143, 2149 y 2150 del Código Civil y de hacer alusión a la sentencias SL 11265-2017 y SL2545 de 2019, así como hacer relación al acervo probatorio arrimado por las partes, dijo que el actor prestó sus servicios profesionales a favor de los demandados, quien cumplió a cabalidad con el objeto del mismo, pues, actuó dentro de las distintas etapas procesales, intentando un resultado favorable a los intereses de sus prohijados, por lo que sus actuaciones fueron

encaminadas a que estos fueran absueltos en cada uno de los procesos judiciales. Sin embargo, esgrimió que, de los medios de persuasión allegados al plenario, no evidencia alguna actuación por parte del togado en los procesos ejecutivos de los cuales pretende honorarios.

Bajo ese horizonte, en lo atinente a los honorarios por la prestación del servicio, señaló que los mismos se ciñen a lo pactado entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regular los honorarios. Así, esgrimió la inexistencia de medio de convicción tendiente a probar que entre las partes hayan pactado la forma de remunerar los mismos, además porque verificó falta de prueba tendiente a demostrar que entre las mismas se hayan pactado la suma única de \$15.000.000, como lo adujeron las personas naturales demandadas; de tal manera ante esa falencia manifestó que correspondía definirlos, en atención a la naturaleza, calidad y duración útil de su gestión.

Conforme a ello, destacó la solicitud probatoria realizada por el abogado demandante, esto es, la prueba pericial que fue decretada y practicada, esbozando que, aunque aquella experticia fue adicionada y completada por el perito con posterioridad, misma a la que se le realizaron objeciones graves por parte de las demandadas, lo cierto es que no fue solicitada o aportada ninguna prueba con el fin de demostrar en qué consistió el error, en los términos del artículo 238 del C.P.C. No obstante, consideró que de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., debía restarle valor probatorio en tanto que evidenciaba que no existieron razones suficientes que le permitieran concluir que en el dictamen se haya tenido en cuenta la naturaleza, la cantidad, la calidad y la intensidad de la gestión desplegada por el profesional del derecho.

Dijo lo anterior, en tanto en el dictamen principal como en su complementación, no se graduaron en forma proporcional los honorarios con la actuación realizada por el togado, como tampoco se señalaron la totalidad de los procesos en que intervino, menos se tuvo en cuenta la intensidad de la gestión desplegada, dejando de lado los procesos que terminaron de manera anticipada. Resaltó, además, que para cuantificar los honorarios el auxiliar tuvo en cuenta el Acuerdo 1887 de 2003, apreciando indebidamente el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, justamente porque hace relación a las agencias en derecho dentro de un proceso judicial y no a los honorarios profesionales que se reclaman en esta causa.

En ese orden, declaró probada la objeción por error grave formulada por las demandadas en contra del dictamen pericial rendido y en consecuencia lo descartó por encontrarlo carente de fundamento, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS. Así las cosas, dijo que entraría a fijar la remuneración, tomando como criterio auxiliar la tarifa del Colegio de Abogados Conalbos establecida al inicio de cada actuación en cada proceso, es decir, con base en las tarifas aprobadas mediante Resoluciones 002 del 2008 y 003 de 2009.

Sin embargo, manifestó que como quiera que la sociedad accionada propuso la excepción de prescripción debía resolverla, para lo cual señaló que el citado medio exceptivo solo la beneficiaba a ella, de conformidad con el artículo 2540 del Código Civil y, por ende, teniendo en cuenta que los derechos reclamados se hicieron exigibles a más tardar a la última fecha de cada actuación realizada para cada proceso, debía declarar probada la excepción de prescripción respecto de las obligaciones determinadas en los procesos 2008-170 y 2008-429, ya que su última actuación correspondió el 4 de febrero y 16 de septiembre de 2009, respectivamente, y la demanda fue presentada el 2 de agosto de 2013.

Finalizada la tasación de los honorarios a favor del demandante, expuso que, aunque los demandados señalaron que hicieron un abono de \$13.000.000 a favor del abogado, al no proponerse la excepción de compensación por aquellos, le impedía declararla de oficio el medio exceptivo conforme a lo previsto en el artículo 282 del C.G.P., a lo que sumó que no se tenía certeza de quien realizó el pago y por qué concepto.

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Demandante. Inconforme con lo anterior interpuso recurso de apelación con fundamento en que la juez de primer grado declaró probada la objeción por error grave en el dictamen rendido por el perito, no obstante, los artículos 238 del C.P.C. hoy 228 del CGP, regulan la forma en cómo se debe objetar un dictamen, lo cual se debe hacer en el momento en que a las partes se les pone en conocimiento la experticia o dentro de los 3 días siguientes, para tal efecto. Refirió que a las partes se les puso de presente el 8 de octubre de 2015, el cual fue objetado por la parte demandada cuando rindió alegatos de conclusión, es decir, en forma extemporánea y en contravía de lo señalado en las citadas disposiciones.

Indicó que se tuvo por probada de manera parcial la excepción de prescripción a favor de la sociedad demandada, no obstante, consideró que hubo un error en las fechas tenidas en cuenta para tal efecto, ya que aquel en ningún momento se le revocó el poder que se le había otorgado en las demandadas y ninguno de los procesos había terminado, por pago de las obligaciones. Refirió que los procesos fueron llevados hasta mayo de 2011 y la demanda fue incoada el 2 de agosto de 2013, luego al transcurrir 2 años y 4 meses, no debió prosperar dicho medio exceptivo.

Expuso que en el proceso 2008-170 donde son 51 los demandantes, no se debió fijar dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, máxime cuando en otros procesos, con un solo actor se le fijaron 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Refirió que a todos los demandados se les ordena pagar los honorarios en proporciones iguales, lo cual resulta absurdo, dado que la defensa que se hizo fue distinta para todos y, por tanto, todas las contestaciones fueron diferentes. De esta manera solicitó que se diera aplicación al dictamen, el cual guarda consonancia con el trabajo que adelantó en los 28 procesos, toda vez que el mismo no fue objetado en legal forma y fue rendido con el estudio de

cada uno de los procesos, mismo que no debió rechazarse porque las partes no lo hicieron de manera que obra como plena prueba Así mismo, solicitó que se modificaran las costas con base en el dictamen practicado. (CD fol. 482)

4.2. Carlos Adolfo Rodríguez Suárez, Christian Duque Martín, Davison Ramírez Arias, Silvio Andrés Duque Rondón, Silvio Duque Ávila y Vanessa Duque Rondón. En su alzada esgrimió que la A quo se equivocó al colegir la existencia del contrato, en tanto que no observaba cumplidos los tres elementos "*fundados en este tipo de contrato a nivel laboral*". Refirió que hubo un pacto con el profesional del derecho para llevar algunos procesos por valor de \$15.000.000, además, se hicieron abonos, mismos que aquel recibió por valor de \$13.000.000, quedando un saldo pendiente de pagar de \$2.000.000.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que pretende el pago de honorarios profesionales como apoderado judicial de los demandados, los cuales, fueron cuantificados por el auxiliar de justicia, dictamen que fue acogido por su integridad por el A quo, dado que no fue objetado por ninguna de las partes, razón por la cual solicita que se acoja en su integridad la experticia. Indicó que no encuentra razón a la forma de contabilización de los términos para declarar probada la excepción de prescripción, ya que la misma no operó. Finalmente, refirió que los aparentes pagos o abonos que fueron arrimados por la demandada al proceso, deben ser desechados, por no pertenecer a este proceso.

5.2. Christian Duque Martín, Silvio Andrés Duque Rondón, Silvio Duque Ávila y Vanessa Duque Rondón. En su escrito de alegatos solicitó que se tome como base y prueba documental los valores cancelados al demandante, donde se observa el pago en abonos, ya que no existió contrato escrito donde reflejara diferencia alguna de lo pactado inicialmente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Entre Fernando E Páez Soriano y Carlos Adolfo Rodríguez Suárez, Christian Duque Martín, Davison Ramírez Arias, Silvio Andrés Duque Rondón, Silvio Duque Ávila y Vanessa Duque Rondón existió un contrato de prestación de servicios profesionales?

- ✓ De ser así, ¿el profesional de derecho tiene derecho al reconocimiento y pago del monto total de los honorarios pactados con base en el dictamen pericial que se realizó para tal efecto?
- ✓ ¿Se equivocó el juez de primer grado al declarar probada la excepción de prescripción parcial a favor de la sociedad demandada?
- ✓ ¿Hay lugar a aumentar el valor fijado por concepto de agencias en derecho señaladas por la cognoscente de primer grado, como fue solicitado por el actor?

Contrato de prestación de servicios profesionales y su cumplimiento

Para resolver el problema jurídico que llama la atención de la Sala, se debe recordar que el régimen legal que regula la prestación de servicios de aquellas profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que por causa del vínculo la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujeta a las reglas del mandato, tal y como lo dispone el artículo 2144 del Código Civil.

En tal virtud y con arreglo a los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, el mandato es un contrato por el cual una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, a título gratuito o remunerado; dentro de sus características está la de ser consensual, no requiere de formalidades especiales, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas o verbalmente y, aún con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, por lo que, se perfecciona con la aceptación del mandatario, tal y como señala los artículos 2149 y 2150 ibídem.

Es de suponer que cualquier ejercicio genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, pero no esencial, por cuanto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, es legalmente permitido que quien presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o que su retribución sea en forma aleatoria, como cuando se confina a la obtención de un resultado. De manera los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, señalan que los honorarios se reducen a lo pactado entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regularlos.

En ese orden de ideas, como se les ha dado a las partes la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, es ese pacto la fuente que normalmente define la controversia generada en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato, sin embargo, cuando ello no obra y se acude a la jurisdicción para buscar su fijación, ello es indicativo de que el profesional ha prestado sus servicios en forma remunerada, de donde

corresponde la carga de la prueba, al tenor del artículo 167 del CGP, acreditar, además del servicio, la gestión misma para examinar su calidad, cantidad, duración, entre otros aspectos que le permitan al juez definir su remuneración; o en su defecto, la parte contra quien se aduce, acreditar que dichos servicios fueron prestados en forma gratuita o se pactaron bajo alguna modalidad distinta a la alegada por su contendor, caso en el cual el funcionario judicial se puede apoyar para dicha fijación, tanto en documentos, testigos y en la ayuda pericial o costumbre jurídica.

Bajo el anterior supuesto, nos situamos en el asunto a decidir, observando que las personas naturales demandadas aducen que la A quo cometió un yerro al declarar la existencia del contrato de prestación de servicios, en tanto que, según considera la censura, no se reunieron los tres elementos “*fundados en este tipo de contrato a nivel laboral*”. No obstante, considera la Sala que con las pruebas documentales aportadas al proceso, se establece que el mandatario en representación de los aquí demandados, previo otorgamiento del respectivo poder, desplegó labor profesional como abogado en los procesos ordinarios laborales que se instauraron en su contra y que se contrae en síntesis a la presentación de la contestación de la demanda y a la asistencia a las distintas audiencias (conciliación, trámite y juzgamiento), tal y como da cuenta la siguiente relación:

Proceso Ordinario Laboral	Demandados	1° instancia	2° instancia
2008-170	DAVISON RAMÍREZ ARIAS, SILVIO DUQUE ÁVILA, CARLOS ADOLFO RODRÍGUEZ SUÁREZ	Terminado por transacción	
2018-267	FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADADA, DAVISON RAMÍREZ ARIAS, SILVIO DUQUE ÁVILA, CARLOS ADOLFO RODRÍGUEZ SUÁREZ	Terminado por conciliación	
2008-242	SILVIO DUQUE ÁVILA CARLOS ADOLFO, RODRÍGUEZ SUÁREZ y FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADADA	Sentencia	Sentencia
2008-243	SILVIO DUQUE ÁVILA, DAVISON RAMÍREZ ARIAS, CARLOS ADOLFO RODRÍGUEZ SUÁREZ, y FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADADA	Sentencia	Sentencia
2018-241	SILVIO DUQUE ÁVILA, DAVISON RAMÍREZ ARIAS, CARLOS ADOLFO RODRÍGUEZ SUÁREZ, y FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADADA	Sentencia	Sentencia
2009-210	VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN DAVISON RAMÍREZ ARIAS	Terminado por transacción	
2008-596	SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADADA, DAVISON RAMÍREZ ARIAS, SILVIO DUQUE ÁVILA,	Terminado por conciliación	
2009-208	VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN	Terminado por desistimiento	
2008-880	VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN	Sentencia	Sentencia
2008-596	SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, S, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN	Terminado por conciliación	
2008-942	FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADADA, SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, DAVISON RAMÍREZ ARIAS	Terminado por transacción	
2008-949	SILVIO DUQUE ÁVILA, VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, DAVISON RAMÍREZ ARIAS	Sentencia	Sentencia
2008-679	FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADADA, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, , DAVISON RAMÍREZ ARIAS	Sentencia	Sentencia
2008-649	SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, VANESSA DUQUE RONDÓN, FACTORÍA DEL	Sentencia	

Proceso Ordinario Laboral	Demandados	1° instancia	2° instancia
	VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA DAVISON RAMÍREZ ARIAS		
2008-661	SILVIO DUQUE ÁVILA, VANESSA DUQUE RONDÓN, FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, DAVISON RAMÍREZ ARIAS	Sentencia	Sentencia
2008-597	SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA DAVISON RAMÍREZ ARIAS	Sentencia	Sentencia
2009-348	VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, VANESSA DUQUE RONDÓN, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN	Terminado por transacción	
2009-344	SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, VANESSA DUQUE RONDÓN	Terminado por transacción	
2008-674	SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA, DAVISON RAMÍREZ ARIAS	Sentencia	Sentencia
2009-209	VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN y SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN	Terminado por transacción	
2008-657	CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, VANESSA DUQUE RONDÓN y SILVIO DUQUE ÁVILA	Terminado por transacción	
2008-858	VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN	Terminado por transacción y desistimiento	
2008-708	FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA, DAVISON RAMÍREZ ARIAS, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA	Sentencia	Sentencia
2008-558	FACTORÍA DEL VIDRIO S.A. FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA, DAVISON RAMÍREZ ARIAS, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, VANESSA DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA	Sentencia	Sentencia
2008-948	SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN, SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, VANESSA DUQUE RONDÓN	Terminado por Contumacia	
2008-608	SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN y VANESSA DUQUE RONDÓN	Sentencia	sentencia
2009-347	SILVIO DUQUE ÁVILA, CHRISTIAN DUQUE MARTÍN, SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN y VANESSA DUQUE RONDÓN	Terminado por Transacción	
2008-429	DAVISON RAMÍREZ ARIA	Terminado por Transacción	

En aquellas actuaciones milita la gestión del profesional que en representación de los demandados desarrolló el actor, de esta manera acreditó que ejerció una labor profesional, encaminada a la defensa de los intereses de los demandados, pues así lo refiere el caudal probatorio, mismo que da cuenta que cumplió a cabalidad con la gestión encomendada, de allí que sea evidente lo desacertado de la censura al esgrimir la inexistencia del contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, no le queda otro camino que mantener en este punto intacta la decisión.

Fijación y cuantía de honorarios

Ahora bien, en cuanto al punto neurálgico del asunto que hoy convoca a ésta Sala consistente en establecer el monto de los honorarios que corresponde al Dr. Fernando E Páez Soriano por la actuación desplegada en los distintos procesos, es pertinente recordar que de conformidad con los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, los honorarios

se reducen a lo pactado entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regularlos.

Acorde a lo indicado, es claro que las partes no estipularon por escrito convenio que permita determinar los honorarios que corresponden al profesional del derecho por las labores desplegadas en el trámite judicial, máxime que en el caso de autos el abogado solicita que se tasen los honorarios pactados de acuerdo con la suma que fije el perito.

Debe decirse que con el propósito de establecer el verdadero querer de las partes en el contrato de prestación de servicios o de mandato celebrado por ellos dentro de los juicios ordinarios laborales, al plenario no se arrimó medio de convicción alguno, tendiente a probar que, como lo dicen los demandados Carlos Adolfo Rodríguez Suárez, Christian Duque Martín, Davison Ramírez Arias, Silvio Andrés Duque Rondón, Silvio Duque Ávila y Vanessa Duque Rondón, se pactó una suma por valor de \$15.000.000, para su representación judicial en las causas seguidas en su contra, no siendo correcto como se afirma que tal aseveración se colija de su propio dicho, pues acorde con el criterio sentado por vía jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, lo afirmado en los escritos de contestación de demanda no constituye prueba a favor de aquellos habida consideración de que proviene de la parte interesada.

De tal manera que no obrando prueba que permita ratificar lo dicho, fuerza concluir que la juez de primer grado no se equivocó al estimar que de conformidad con el artículo 2143 del Código Civil, debía fijar la remuneración del demandante en virtud del contrato de mandato, con apoyó en un peritaje o en la costumbre jurídica, a través de la tarifa de honorarios de los colegios de abogados y conforme a la naturaleza del proceso, el tiempo de duración, las etapas procesales agotadas, cantidad, calidad, intensidad de la labor desplegada, teniendo en cuenta que algunos de ellos terminaron por transacción, conciliación u otras formas de terminación anormal.

En ese hilo conductor, se recuerda en consecuencia que el demandante pretende que se regulen sus honorarios profesionales a través de un dictamen pericial, mismo que fue solicitado en oportunidad, decretado por la juez primigenia el 10 de septiembre de 2014 y atendido por el auxiliar de justicia Abelardo Antonio Hernández, el cual se avizora a folios 364 a 370 del cuaderno 1º, cuyo traslado a las partes se realizó en audiencia adiada 5 de agosto de 2015, oportunidad en el que el actor presentó objeción grave en su contra, aduciendo que cuantificó los honorarios sobre las gestiones realizadas en virtud del mandato dado por la sociedad enjuiciada, además, en tanto que solo tuvo en cuenta 27 procesos ordinarios de los 28 que obran en el paginario, motivo por el que solicitó su adición y complementación, petición a la que accedió el juzgado, de ahí que el auxiliar allegó una nueva experticia, sobre la que la parte demandada, una vez trasladado en vista pública del 9 de junio de 2016, lo objetó por error grave.

Atinente a los reparos propuestos por la censura, la A quo en la sentencia que puso fin a la primera instancia, sostuvo que como la prueba pericial decretada fue en vigencia del

Código Procedimiento Civil, la contradicción elevada en contra de ella debía ser resuelta por la citada normativa y no por el Código General del Proceso, por manera que, aunque la parte contradictoria sustentó la objeción y no allegó la prueba que soportará su dicho, en los términos del numeral 5° del artículo 238 de la citada disposición, coligió que la objeción debía prosperar en tanto evidenció que no se graduó en forma proporcional los honorarios con la actuación realizada por el abogado, tampoco señaló la totalidad de los procesos que representó, ni tuvo en cuenta la intensidad de la gestión desplegada. A lo que sumó el error en que incurrió al aplicar el Acuerdo 1887 de 2003, justamente porque éste hacía relación a las agencias en derecho dentro de un proceso judicial y no a la forma cómo se deben tasar los honorarios de los profesionales del derecho, que ahora se pretenden en esta causa.

Para la Sala mayoritaria, contrario a lo señalado por la censura, la intelección a la que arribó la juez de primer grado no es de ninguna forma errada, si en cuenta se tiene que no se equivocó al aplicar supuestos normativos que gobiernan el asunto medular, esto es, que como la prueba pericial fue decretada al amparo del Código Procedimiento Civil, tal preceptiva es la llamada a regular la objeción presentada y no el Código General del proceso, en los términos del literal b) del numeral 1 del artículo 625 de esta última preceptiva, y es por eso que al trámite de las objeciones por error grave deben regirse por lineamientos dispuestos en el artículo 238 del CPC, que exige que:

"ARTÍCULO 238. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. *Para la contradicción de la pericia se procederá así:*

4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

*5. En el escrito de objeción se precisará el error **y se pedirán las pruebas** para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.*

*6. **La objeción se decidirá en la sentencia** o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare."* (negritas fuera de texto)

De acuerdo con esto, en orden de decidir la objeción presentada, la juzgadora de primer grado no cometió yerro alguno al resolver la misma en la sentencia que puso fin a la

instancia, pues si bien es cierto indicó que la objeción por error grave no estaba llamada a prosperar en tanto que la sustentación carece de prueba con el fin de demostrar el error en que se incurrió, conclusión que resulta desacertada toda vez que no necesariamente deben allegarse pruebas para demostrar el error grave, ya que en ocasiones basta la argumentación para demostrar el yerro¹, no es menos cierto que acertó al valorar el contenido del mismo dictamen, que deja en evidencia la omisión en que se incurrió al no tener en cuenta la naturaleza de los procesos, el tiempo de duración, las etapas procesales agotadas, cantidad, calidad, intensidad de la labor desplegada y el hecho de haberse concluido algunos de los litigios por transacción o conciliación, lo que afecta sin duda alguna la tasación a la que arribó el experto.

En otras palabras, la determinación de la a quo no es equivocada si en cuenta se tiene que le dio valor probatorio a la experticia, pues pese a que la objeción no fue acompañada de pruebas que sustenten de los errores enrostrados - que se itera no son eran necesarias en este caso, en razón a que los trámites efectuados dentro de los procesos cuyos honorarios se reclaman hacen parte del expediente, documentos que bastan para determinar su duración, cantidad y calidad de la labor-, no pasó por alto la argumentación en la que se puntualizaron los errores en que incurrió el perito, la que una vez analizada le llevó a evidenciar que dentro del cálculo de honorarios, el auxiliar de justicia tuvo en cuenta los procesos terminados por transacción, desistimiento, contumacia y conciliación, como si se tratara de actuaciones que finalizaron por sentencia de primera y segunda instancia, y además, incluyó los procesos ejecutivos laborales, respecto de los cuales, ninguna actuación ejecutó en beneficio de los enjuiciados, pues así se verifica de los medios de convicción allegados al juicio, punto sobre el que el actor tampoco tuvo reparo alguno.

Aunado a ello, se evidencia que para la cuantificación de los honorarios tasados se tomó como base de liquidación el Acuerdo 1887 de 2003, normativa que regula la liquidación de costas o agencias en derecho a cargo de la parte vencida dentro de un trámite judicial y no los honorarios profesionales de abogacía, que es lo que se pretende en este asunto en particular. Sobre dicho supuesto, en un caso de iguales contornos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2545 de 2019, señaló al respecto:

(...) Ciertamente, el Tribunal no advirtió que lo que el demandante pretendía era que se le fijara el monto de sus honorarios profesionales en razón del contrato de mandato que como profesional del derecho recibió para la atención de dos procesos judiciales,

¹ "Ciertamente, dentro de las oportunidades ya explicadas e incluso en los alegatos de conclusión, cualquiera de las partes o aún las dos, pueden manifestar su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales estiman que se equivocó en materia grave, pues desde ya se debe resaltar que lo que motiva la inconformidad necesariamente debe ser una falla de entidad en el trabajo de los expertos y no cualquier error tiene esa connotación.

Además, se debe erradicar el errado común malentendido referente a que la objeción por error grave necesariamente debe pedir la práctica de pruebas y, dentro de ellas, siempre una nueva experticia. En absoluto, para efectos de demostrar el error grave en que se estima ha incurrido el perito puede bastar la adecuada argumentación donde se puntualicen las fallas de entidad que se endilgan al trabajo, sin necesidad de pruebas adicionales (...)

En suma, se debe descartar la idea de que la objeción por error grave no puede existir si no se acompaña de pruebas y, también, que si estas se piden, necesariamente sea menester nuevo dictamen pericial, pues por otros medios probatorios, o incluso, reitero, exclusivamente con argumentaciones, es posible lograr la finalidad perseguida". LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso Pruebas, Segunda Edición, Ed. Dupré Editores, Bogotá, 2019, págs., 382 a 384.

uno civil y otro administrativo, gestión que no se discute que se desarrolló y, en esa medida, los mismos no se podían fijar con apego en el artículo 393 del CPC hoy artículo 366 CGP, normativa, que se itera, establece son las reglas para la liquidación de costas o agencias en derecho a cargo de la parte vencida en un proceso judicial, y no hace referencia alguna a los honorarios de los abogados, y así las cosas, tales emolumentos no podían tener como parámetro las tarifas previstas en los numerales 1.1 y 3.1. del artículo 6º, ni el parágrafo del artículo 4º, del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo estableció la alzada; porque por medio del citado Acuerdo, «se establecen las tarifas de agencias en derecho», y su parágrafo y numerales hacen relación a la forma como se fijan las costas procesales según se trate de un proceso declarativo, ordinario o verbal.”

Del análisis precedente, no se advierte alguna equivocación de la cognoscente de primer grado, en tanto, lo que se muestra con meridiana claridad es una observancia equivocada por parte del auxiliar de la justicia acerca del objeto de lo que debía dictaminar, lo que de suyo impone que, tal y como lo coligió la A quo, se declare probada la objeción propuesta en contra de la pericia.

De todas maneras, aun si se pasara por desapercibido la sustentación que dio lugar a la objeción por error grave que contiene la experticia, que se limitó a que el auxiliar de la justicia cuantificó los honorarios profesionales de procesos terminados anticipadamente como aquellos hubieren sido culminadas por sentencia, a más cuando se aplicó indebidamente el Acuerdo 1887 de 2003; para la Sala tampoco es desacertado que se haya negado por la juez de primer grado el dictamen como fuente y base de liquidación para establecer los honorarios del accionante abogado, pues como se ha venido diciendo, son claros los desatinos que se cometieron en la tasación de los honorarios, de allí que bien pueda descartarse esta prueba por encontrarla disiente, ello con base en la facultad prevista en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., según el cual el “juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito (...)”.

Así entonces, efectuada dicha exclusión de la experticia, faculta a esta jurisdicción especialísima, fijar la remuneración del demandante en virtud del contrato de mandato, caso en el cual como ya se dijo, se podrá apoyar en la costumbre jurídica, a través de la tarifa de honorarios de los colegios de abogados, para litigios como en los que actuó el abogado Fernando E Páez Soriano. En ese orden de ideas, los honorarios que determinó la A quo correspondientes al aquí demandante por las gestiones profesionales desplegadas a favor de los enjuiciados y que se encuentran plenamente acreditadas en este plenario, atañen las tarifas expedidas por Conalbos en las Resoluciones 002 del 2008 y 003 de 2009, por manera que debe considerarse que debe considerarse el valor de estos conforme la siguiente relación:

Proceso ordinario	SMMVLV	VALOR TOTAL	VANESSA DUQUE RONDÓN	SILVIO DUQUE ÁVILA	SILVIO ANDRÉS DUQUE RONDÓN	DAVISON RAMÍREZ ARIAS	CHRISTIAN DUQUE MARTÍN	CARLOS ADOLFO RODRÍGUEZ SUÁREZ	FAVIDRIO S.A. LIQUIDADA
2008-170	2	\$ 923.000		\$ 230.750		\$ 230.750		\$ 230.750	
2018-267	2	\$ 923.000		\$ 230.750		\$ 230.750		\$ 230.750	\$ 230.750
2008-242	5	\$ 2.307.500		\$ 769.166				\$ 769.166	\$ 769.166
2008-243	5	\$ 2.307.500		\$ 576.875		\$ 576.875		\$ 576.875	\$ 576.875
2018-241	5	\$ 2.307.500		\$ 576.875		\$ 576.875		\$ 576.875	\$ 576.875
2009-210	2	\$ 993.800	\$ 198.760	\$ 198.760	\$ 198.760	\$ 198.760	\$ 198.760		
2008-596	2	\$ 923.000	\$ 184.600	\$ 184.600	\$ 184.600	\$ 184.600			\$ 184.600
2009-208	2	\$ 993.800	\$ 248.450	\$ 248.450	\$ 248.450		\$ 248.450		
2008-880	5	\$ 2.307.500	\$ 576.875	\$ 576.875	\$ 576.875		\$ 576.875		
2008-596	2	\$ 923.000		\$ 307.667	\$ 307.667		\$ 307.667		
2008-942	2	\$ 923.000	\$ 153.833	\$ 153.833	\$ 153.833	\$ 153.833	\$ 153.833		\$ 153.833
2008-949	5	\$ 2.307.500	\$ 576.875	\$ 576.875	\$ 576.875	\$ 576.875			
2008-679	5	\$ 2.307.500		\$ 576.875	\$ 576.875	\$ 576.875			\$ 576.875
2008-649	3	\$ 1.384.500	\$ 276.900		\$ 276.900	\$ 276.900	\$ 276.900		\$ 276.900
2008-661	5	\$ 2.307.500	\$ 461.500	\$ 461.500	\$ 461.500	\$ 461.500			\$ 461.500
2008-597	5	\$ 2.307.500	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583		\$ 384.583
2009-348	2	\$ 993.800	\$ 248.450	\$ 248.450	\$ 248.450		\$ 248.450		
2009-344	2	\$ 993.800	\$ 248.450	\$ 248.450	\$ 248.450		\$ 248.450		
2008-674	5	\$ 2.307.500	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583		\$ 384.583
2009-209	2	\$ 993.800	\$ 248.450	\$ 248.450	\$ 248.450		\$ 248.450		
2008-657	2	\$ 923.000	\$ 230.750	\$ 230.750	\$ 230.750		\$ 230.750		
2008-858	2	\$ 923.000	\$ 230.750	\$ 230.750	\$ 230.750		\$ 230.750		
2008-708	5	\$ 2.307.500	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583		\$ 384.583
2008-558	5	\$ 2.307.500	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583	\$ 384.583		\$ 384.583
2008-948	1	\$ 461.500	\$ 115.375	\$ 115.375	\$ 115.375		\$ 115.375		
2008-608	5	\$ 2.307.500	\$ 576.875	\$ 576.875	\$ 576.875		\$ 576.875		
2009-347	2	\$ 993.800	\$ 248.450	\$ 248.450	\$ 248.450		\$ 248.450		
2008-429	5	\$ 923.000				\$ 461.500			
Total			\$ 6.363.677	\$ 9.355.734	\$ 7.248.218	\$ 6.044.427	\$ 5.448.368	\$ 2.384.416	\$ 5.345.708

En consecuencia, el discernimiento de la juez de primer grado no raya con las reglas de la sana crítica, la naturaleza de los procesos, el tiempo de duración, las etapas procesales agotadas, cantidad, calidad, intensidad de la labor desplegada ni con el hecho de haberse concluido alguno de ellos por transacción, desistimiento, contumacia o conciliación, por lo que sin más consideraciones que hacer, se confirmará por esta Sala de Decisión la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio, punto sobre el cual el demandante le imputa un desacierto a la sentenciadora de primer grado, considerando que la prescripción no operó sobre los derechos reclamados a la sociedad enjuiciada, frente a los procesos 2008-170 y 2008-429, dado que su última actuación correspondió a mayo de 2011.

Respecto del reproche indicado, tempranamente esta Sala de Decisión Laboral debe

señalar que no le asiste razón a la censura, al atribuirle un desatino a la intelección que llevó a la juez de primer grado al declarar probada la excepción de prescripción frente a dichas pretensiones de orden condenatorio, como pasa a explicarse:

Esta Corporación observa que para efecto de estudiar el fenómeno de la prescripción en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, debe partirse de la base de que la accionada Factoría del Vidrio S.A. Favidrio S.A. Liquidada propuso dicha excepción al contestar la demanda y en tal virtud, es dable acudir al artículo 488 y 489 del CST, preceptivas que establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y señalan que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En ese orden de ideas, los derechos reclamados en virtud de los procesos 2008-170 y 2008-429 se hicieron exigibles a más tardar a la fecha última de actuación realizada para cada proceso por el profesional del derecho, esto es, 4 de febrero de 2009 y 16 de septiembre de 2009 respectivamente, fecha en que culminaron por conciliación celebrada de las partes dentro de estos, por manera que al no demostrarse gestión alguna por parte del promotor del litigio dentro de los procesos ejecutivos que a continuación se siguieron del juicio ordinario, es claro que prosperó la excepción de prescripción de cara a la fecha que fue radicado el libelo demandatorio, esto es, 2 de agosto de 2013 (Cuad.1, fol. 31).

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto operó la prescripción respecto de las pretensiones de índole económico que se indicaron en el escrito de demanda frente a los procesos 2008-170 y 2008-429, no otra decisión habrá que adoptarse más que la de confirmar la decisión confutada.

Pago parcial

Los encartados cuestionan en rigor a la cognoscente de primer grado la falta de valoración del documento allegado en la contestación de demanda y que da cuenta del eventual pago de los honorarios profesionales al abogado Fernando E Páez Soriano. La A quo estimó que al no haberse propuesto la excepción de compensación no podía compensar las sumas alegadas, en los términos del artículo 282 del C.G.P., pero en todo caso mencionó que no podía concluir la existencia de un pago a favor del actor, dado que de las documentales aportadas no podía evidenciar quien generó los cheques y por qué conceptos se expidieron.

Sobre el particular, es del caso resaltar, que la compensación está concebida como un modo de extinción de las obligaciones que opera cuando las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras entre sí, figura que se encuentra consagrada en el artículo 1714 del C. Civil, cuya finalidad es evitar el doble pago, la doble entrega de capitales y de ese modo simplificar las relaciones del acreedor y del deudor.

En ese orden, cuando hay un deudor que a su vez es acreedor de la misma persona de la que es deudora, de cosas de igual naturaleza, es viable conjurar el doble riesgo y producir la satisfacción de ambos sin desembolso alguno, restando la cantidad menor de la mayor; es por ello por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han catalogado como un modo satisfactorio de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, para que dicha figura proceda necesario es que aquella se eleve en la oportunidad procesal dispuesta para ello, es decir, en la contestación al escrito inicial, en tanto, que el artículo 282 del CGP veda al juzgador para declararla de oficio. Sobre tal aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2501-2018, dijo al respecto:

"Cosa muy distinta es que, como lo ordena el mentado artículo 282, «cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda», situación que implica que las excepciones propias «prescripción, compensación y nulidad relativa», --a diferencia de las impropias que pueden alegarse en cualquier tiempo y son declarables de oficio--, deben plantearse con la contestación de la demanda, es decir, en su debida oportunidad procesal, para que el juzgador tenga el deber de fallar el pleito en consonancia con ellas, si las encuentra probadas."

Así las cosas, con el fin de dilucidar el recurso propuesto por los demandados, hay que decir de entrada, que contrario a lo inferido por la A quo la Sala no encuentra que entre las partes existan deudas recíprocas que compensar, dado que el demandante no se constituyó en deudor de los contratistas, por recibir de estas últimas sumas de dinero por concepto de honorarios profesionales.

Conforme a lo atrás dicho, también es notorio el desacierto cuando descarta el pago parcial alegado por uno de los demandados, pues de cara a las pruebas documentales que obran a folios 85 a 89, mismas que hacen alusión a los cheques núm. i6717768 por valor de \$6.000.000, cheque de fecha 2009.08.21 por valor de \$2.000.000, J7911911 por valor de \$1.000.0000 y i6790634 por valor de \$3.000.000 y con la confesión que realizó el actor en el hecho 16 del escrito inicial, quien señaló que los demandados Silvio Duque Ávila y Factoría del Vidrio S.A. Favidrio S.A. Liquidada "cubrieron sólo parcialmente los gastos originados por los diferentes procesos", es claro que recibió los dineros, acreditándose la solución parcial de las obligaciones en cabeza del citado deudor.

Entonces, acreditado como se encuentra la solución parcial de las obligaciones adquiridas por el deudor Silvio Duque Ávila, se declarará probado el pago parcial alegado y, en consecuencia, se ordenará que la suma de \$7.500.000 sea descontada de la condena que se le impuso, dado que el pago se hizo tanto por aquel como por Factoría del Vidrio S.A. Favidrio S.A. Liquidada por valor total de \$13.000.000 y no se trata de obligaciones

solidarias, por lo que el obligado es solamente a su parte o cuota en la deuda, en los términos del artículo 1568 del Código Civil.

Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas

Hay que recordar sobre ello, que con apegó a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierten mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

Costas

Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

DECISIÓN

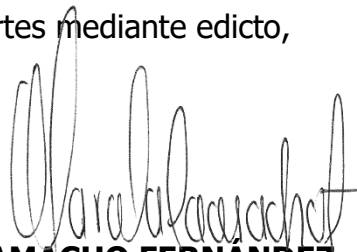
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 26 de agosto del 2019, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, **DECLARAR** probada oficiosamente la excepción de pago parcial de la obligación a favor de **SILVIO DUQUE ÁVILA**, por ende, **ORDENAR** que la suma de \$7.500.000 sea descontada de la condena que se le impuso, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en ambas instancias.

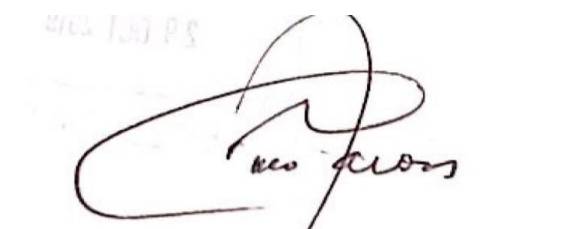
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(salva voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HIPOLITO MOLANO ESPONEL
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 14-2018-00111-01
Tema: INCREMENTO DEL 14% – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

AUTO

Esta Sala se **ABSTIENE** de reconocer personería a la abogada **LUZ STHEPHANIE DÍAZ TRUJILLO**, identificada en legal forma, para actuar como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en tanto que no fue allegado poder que acredite la citada condición en términos del artículo 75 del C.G.P.

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Hipolito Molano Esponel instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se condene al incremento adicional a su pensión, equivalente al 14% del salario mínimo legal mensual, desde el 1 de junio de 2010 y hasta que perduren las causas que le dieron origen, junto con el retroactivo causado, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que mediante Resolución No. 108908 del 10 de junio de 2010, el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de junio de 2010, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Explicó que convive con su cónyuge María del Tránsito Ruíz Quintana desde hace 34 años, relación que se mantiene actualmente vigente. Refirió que su cónyuge es beneficiaria en los servicios de salud y depende económicamente de su pensión, ya que no disfruta de pensión alguna, tampoco posee bienes de fortuna, ni percibe salario de ninguna especie.

(Expediente digital, PDF 01 EXPEDIENTEDIGITAL, págs. 13 a 18)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01 EXPEDIENTEDIGITAL, pág. 23); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda. Al dar contestación del libelo introductor la convocada se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que se debe aplicar lo dispuesto en

la sentencia SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, corporación que declaró la derogatoria orgánica de los incrementos pensionales con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, excepto para aquellos afiliados que previamente al 1 de abril de 1994 hubieren causado su derecho pensional, aspecto que no encuentra demostración, toda vez que el actor causó su pensión de vejez en el año 2010, calenda para la cual ya los incrementos a voces de la Corte Constitucional dejaron de existir.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación al reconocimiento del incremento del 14% señalado en el Acuerdo 049 de 1990, prescripción, legalidad de los actos administrativos demandados, imposibilidad de indemnización por costas judiciales, no configuración de condena por intereses moratorios y genérica. (Expediente digital, PDF 01 EXPEDIENTEDIGITAL, págs. 29 a 44)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1º de marzo de 2022, en la que la falladora absolvió a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, no condenando en costas al actor.

Para arribar a tal decisión, en primer lugar, se propuso verificar si los incrementos pensionales por cónyuge a cargo que contempló el Acuerdo 049 de 1990 se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico, para luego, en caso afirmativo, determinar si el demandante es beneficiario de los mismos y si se afectaron por el fenómeno de la prescripción. Con tal propósito, dijo que no fue materia de discusión que al actor le fue reconocida pensión de vejez por el ISS mediante Resolución No. 108908 del 10 de junio de 2010 en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto, su derecho pensional se le reconoció con fundamento en el citado acuerdo.

Conforme a lo anterior, sostuvo que la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019 concluyó que tales incrementos pensionales perdieron su vigencia, cuando entró en vigor el sistema general de seguridad social con la expedición de Ley 100 de 1993, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la vigencia de la citada ley, esto es, cuando se hubiere efectivamente cumplido con los requisitos para acceder a la pensión antes del 1º de abril del año 94. Señaló que en virtud del respeto al precedente judicial y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de unificación de la citada Corporación, acoge en su integridad el criterio sobre la materia y, por tanto, concluye que los incrementos solicitados no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico, si se atiende a que el reconocimiento pensional se efectuó con base en el Decreto 758 de 1990 en aplicación al artículo 36 de la Ley 100, lo que le imponía absolver a Colpensiones de las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 08AudioAudiencia1Marzo2022)

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: ¿Los incrementos por personas a cargo establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes? En caso afirmativo ¿El

demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario?

Vigencia de los incrementos por personas a cargo

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, sólo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se desprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominar como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitan los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesorio a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesorio al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompañarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que serían **inaplicables por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuentan con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina constitucional

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Caso concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del (la) señor(a):

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
Hipolito Molano Esponel	Resolución No. 108908 del 10 de junio de 2010	1 de junio de 2010	\$1.274.562

A quien se les reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

Costas

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de marzo de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

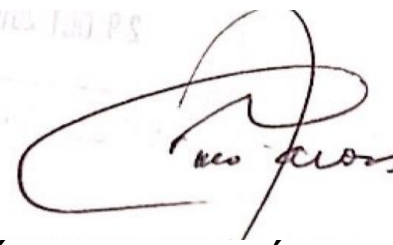
SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: PATRICIA ESPERANZA MONROY PUENTES
Demandada: AMERICAN DELIVERY SERVICE ADS S.A.S.
Radicado No.: 18-2019-00662-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – REVOCA.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Patricia Esperanza Monroy Puentes instauró demanda ordinaria contra American Delivery Service ADS S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, subsidio de transporte, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, aportes a salud y pensión, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes existió un vínculo de naturaleza laboral desde el 1 de junio de 2016, el cual finalizó el 30 de agosto de 2019 sin justa causa y por decisión del empleador; cuyo objeto consistió en desempeñar el cargo de operaria de publicidad, devengando la suma de \$760.000 mensuales. Refirió que trabajó todos los días de la semana, en turnos de 11 horas, cuya función laboral radicó principalmente en entregar volantes de publicidad en semáforos o *"de puerta a puerta"*. Indicó que durante el tiempo de labor el empleador no la afilió al sistema integral de seguridad social, además, no le canceló prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte y demás acreencias laborales solicitadas. (Expediente electrónico, PDF 2019-662 (FLS 1 a 34), págs. 4 a 12).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la convocada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existió un contrato de trabajo entre las partes, dado a que lo realmente hubo fue un contrato de prestación de servicios, quien de manera autónoma e independiente realizaba la distribución de elementos publicitarios CEET. Frente a los hechos aceptó que la demandante prestó sus servicios desde el 1 de junio de 2016, hasta que aquella decidió de forma voluntaria no prestar más sus servicios, sin tener conocimiento de la fecha

exacta, toda vez que dejó de prestarlos. Refirió que la promotora del litigio prestó sus servicios los jueves, viernes y sábados de manera autónoma e independiente, además, dijo que en ocasiones ni siquiera asistía los días mencionados, por lo que otras personas se encargaban de la distribución de los elementos publicitarios de CEET.

Indicó que fruto del servicio que prestaba la actora, se pactó honorarios dependiendo de la distribución de elementos publicitarios de CEET, así las cosas, el pago lo realizaba con sujeción a la cantidad de unidades de volantes distribuidos, por lo que no había lugar a una asignación salarial como se manifiesta en la demanda. Agregó que no se encontraba bajo subordinación, sino que únicamente se le impartía instrucciones de dirección y coordinación, con el fin de que se diera un buen suceso de lo convenido al momento de contratar la prestación de los servicios. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de relación laboral, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de mala fe, prescripción, compensación y genérica. (Expediente electrónico, carpeta CD FLS 26, PDF CONTESTACION DEMANDA No. 2019 - 662 DTE PATRICIA ESPERANZA MONROY PUENTES)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de enero de 2022, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, gravando en costas a la parte actora.

Para arribar a tal determinación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante sostiene con la demandada desde el 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019 y en virtud de la misma, si le asiste derecho a las acreencias reclamadas en el libelo primigenio. Con tal propósito, citó los artículos 2 y 53 de la Constitución Política, artículos 23 y 24 del CST, así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, para precisar que conforme al acervo probatorio se logró demostrar que la actora prestó sus servicios personales a favor de la encartada desde el 1 de junio de 2016, desempeñando la labor de operador CTM, que corresponde a la distribución de elementos publicitarios de CEET.

Adujo que la labor era la distribución de publicidad y por ende debía organizar un horario para establecer el giro de sus servicios, por manera que el hecho de que la sociedad realizará una programación a la demandante, para poder realizar la actividad contratada, no desdibuja la naturaleza del contrato de prestación de servicios o cause obligación laboral. Sostuvo que el testigo ratificó la afirmación de la demandada consistente en que la actora prestaba sus servicios en los días que disponía entre jueves, viernes y sábado, en los puntos de encuentro señalados por cada líder de grupo, precisando que cada vez que terminaba la labor, el distribuidor se retiraba del lugar, siendo a cualquier hora del día, siguiendo las instrucciones mínimas, tales como el sector donde debía entregar los volantes y si era puerta a puerta o en las calles, percibiendo sus honorarios por publicidad entregada.

Así las cosas, consideró que la señora Monroy Puentes prestó sus servicios a favor de la encartada por lo menos desde el 1 de junio de 2016 hasta el 10 de junio de 2019, conforme a la certificación emitida por la demandada y el extracto bancario de la demandante, atendiendo al último pago recibido de la sociedad, desempeñándose como operaria y percibiendo una remuneración variable de acuerdo al servicio prestado, sin que estuviese sujeta a un horario, tampoco constante, razonamientos que la llevan a establecer que el servicio prestado no lo fue a través de un vínculo laboral, sino, por un contrato de naturaleza civil, lo que imponía absolver a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico, AUDIENCIA VIRTUAL RAD 11001310501820190066200-20220117_163232-Meeting Recording)

4. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que acorde con la línea de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la parte demanda debe desvirtuar la presunción de la existencia del contrato de trabajo, una vez se encuentra probada la prestación personal del servicio por parte de la demandante; en tal sentido dijo que obran en el expediente suficiente material probatorio para demostrar que la demandante no se encontraba bajo subordinación de la sociedad, sino que está por su parte, únicamente impartía instrucciones de dirección y coordinación, en el volanteo publicitario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿La sociedad demandada American Delivery Service ADS S.A.S. fungió como empleadora de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- (ii) De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos señalados en el escrito genitor?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de la señora Patricia Esperanza Monroy Puentes a favor de la American Delivery Service ADS S.A.S., en tanto, tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda, las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a ello, además, la Sala evidencia que dicho aspecto fue confesado en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

En armonía con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de American Delivery Service ADS S.A.S., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que es nulo el esfuerzo por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó la señora Monroy Puentes al ser contratada.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que la promotora de la Litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, por manera que, ante tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación jurídica. Lo anterior además, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar que la labor ejecutada por aquella no se desarrolló con las citadas características, pues en esa perspectiva, se escuchó el testimonio allegado por la demandada, que de entrada, para la Sala no cuenta con la fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que es beneficiaria la actora, de allí que también se evidencie esta Corporación el error en que incurrió la cognoscente de primer grado, cuando la existencia de un vínculo de carácter civil entre las partes.

Conclusión a la que arriba luego de escuchar la declaración del señor Mauricio Muñoz Reyes (jefe de recursos humanos), el cual, lejos está de servir para colegir la manera en que se prestaron los servicios a favor de la sociedad demandada, pues su dicho únicamente se centró en que la actora laboró a través de un contrato de prestación de servicios, para desempeñar la labor de entrega de volantes, sin que explicara circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta que la labor ejercida a favor de la enjuiciada en verdad se hacía en forma autónoma e independiente en los aspectos técnicos, administrativos y directivos.

El citado deponente narró que la actora estuvo vinculada a través de un contrato de prestación de servicios, de acuerdo con la necesidad que tuviera la sociedad y de acuerdo

con la disponibilidad de la actora para la prestación del servicio, en tanto que la llamaba los jueves, viernes y sábado, días que se requería, le preguntaba acerca de la disponibilidad de realizar la labor y la aceptación o no de la labor encomendada. Aseguró, además, que no se presentaba en las instalaciones de la empresa, sino al lugar indicado por el líder del grupo, persona a que su vez le señalaba a dónde debía dirigirse, aunque no tenía un horario definido, dado que una vez realizaba las entregas de los volantes, se reportaba y se retiraba del punto de entrega.

Del anterior relato, emerge evidente que la Juez de primer grado se equivocó al colegir la naturaleza civil del vínculo entre las partes y la falta de subordinación ejercida sobre la promotora del proceso, ya que la disponibilidad en la prestación del servicio no refleja la autonomía e independencia de la actora en la ejecución de la labor, por cuanto de su propio dicho, lo que se refleja es que tal disponibilidad fue dada conforme a las mismas condiciones de modo que impuso el empleador, pues el líder de grupo determinaba el punto donde debía ejercer la función y de acuerdo con ello determinaba, según el lugar, si prestaba o no el servicio.

A lo anterior se suma que, aunque el testigo fue enfático en manifestar que la actora en ocasiones se retiraba del punto sobre el cual efectuaba su actividad y, por ende, el líder del grupo disponía de otra persona para finalizar la tarea, también adujo que ello lo fue por razones de índole personal que mantenía la demandante, además, que como la actividad era la entrega de volantes, se le cancelaban sus honorarios por los volantes entregados hasta el momento en que ejercía la labor.

Ello denota, que si bien es cierto la promotora del proceso disponía de efectuar o no la labor, además, aunque en ciertas ocasiones se retiró del servicio, ello no lo fue porque tuviese libertad y autogestión, sino por la misma necesidad del lugar donde debía prestar el servicio, lo que de suyo implica que en efecto tuviese subordinación jurídica y no plena autonomía como lo refiere la pasiva. Además, no se predica de su dicho que esas ausencias y reemplazos fueran de manera permanente y constante, ni siquiera el testigo refirió que días o quienes la reemplazaban en su ausencia, lo cual lleva a concluir que el elemento intuitu personae que caracteriza a los contratos de trabajo no se quebrantó, pues no se evidenció que se hubiera acordado de que terceros tuvieran la posibilidad real de satisfacer el servicio pactado entre las partes. Adicionalmente, tampoco se demostró que el valor del trabajo correspondiente a esos días le fuera cancelado directamente a la accionante o a quien realizaba sus reemplazos debido a la licencia que en últimas se le concedía a la misma para resolver sus situaciones personales.

De esta manera, lo que se observa por parte de la Sala es que la señora Monroy Puentes prestó sus servicios en calidad de trabajadora por días, pues se denota del propio dicho del deponente que por disposición del empleador no estaba obligada a trabajar todos los días hábiles de la semana, sino, cuando se requiriera y según conveniencia entre las partes, de allí que la demandante estuviese disponible al servicio del empleador en los días y lugares previamente definidos por éste.

Ahora, debe decir la Sala, que examinados los restantes medios probatorios que tuvo en cuenta la cognoscente de primer grado para inferir la inexistencia del contrato de trabajo, se evidencia que no le asiste razón cuando arribó a tal conclusión, pues del análisis conjunto y sistemático de tales elementos de convicción, es dable concluir que las actividades ejecutadas por la demandante se desplegaron en forma subordinada y no con autonomía e independencia.

En efecto, la juez de primer grado desatendió el objeto del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, cuya labor ciertamente es indicativa del

sometimiento al que estuvo sujeto la demandante, respecto de la intensidad y manera como debía desarrollar sus actividades, pues no de otra forma se puede colegir razonablemente lo dicho, si se atiende a que aquella se desempeñó como "*operario CTM*", cuya labor consistía en distribución de elementos publicitarios de CEET, según certificación expedida por la enjuiciada el 9 de noviembre de 2018, cargo que por su misma denominación denota la falta de autonomía en la ejecución de las funciones encomendadas, ya que por encima de ella se ubicó una persona que ejercía mando sobre su actividad, tal cual lo reconoció el representante legal de la encartada y el testigo, cuando afirmaron que dentro de la empresa existía un líder de grupo que coordinaba sus labores y el punto sobre el cual debía prestar el servicio, de tal suerte que, las labores ejercidas no estaban gobernadas por la liberalidad con que podía llevarlas a cabo, sino que por el contrario, se encontraba sujeta al direccionamiento de la empresa contratante.

En otras palabras, el objeto del contrato al que comprometió cumplir la demandante no dista del propio de una relación dependiente o subordinada, al establecer que el contratista debía prestar funciones de operario CTM, de ahí que, como lo dijo la testigo, disponían de la demandante para tal fin y, por lo mismo, la direccionaba al lugar donde finalmente realizaba sus labores.

Adicionalmente, la Sala al examinar la aceptación que realizó la demandada, tanto en la contestación de demanda como en el interrogatorio de parte, respecto de las labores que ejecutaba la actora, colige que no requerían de un conocimiento particular, es decir, no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requiriera en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada, tampoco científica y técnica, a lo que se suma que se hizo de forma permanente, pues se prestó el servicio durante de 3 años, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia de la demandante quien contaba con el perfil para desempeñar el cargo de "*operario CTM*", labor que además no era extraña al objeto social, pues fueron inherentes al componente misional de la sociedad, quien se dedica a realizar actividades relacionadas con "*LA PRODUCCIÓN EDITORIAL Y LAS ACTIVIDADES VINCULADAS A ELLA COMO LA IMPRESIÓN, DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN, IMPORTACIÓN Y EXPLOTACIÓN (...)*", según el certificado de existencia y representación de la convocada (Expediente electrónico, PDF 2019-662 (FLS 1 a 34), págs. 16 a 21).

Por lo anterior, no comparte la Sala aquellas intelecciones de la A quo, con las cuales se desechó la subordinación a partir de la consideración de que la actora tenía independencia, dado a que aquella disponía de aceptar o no la labor, porque en realidad ello refleja una simple coordinación de las actividades que por esencia debía cumplir la accionada dado su rol misional, de ahí la continuidad y su permanencia para desempeñar funciones, reiterando, del giro ordinario de las actividades de la pasiva.

Debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fue desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la empresa, disquisición esta que no puede desecharse porque a la actora se le pagaban honorarios y según el número de volantes entregados, dado a que el hecho de haberle dado una diferente denominación a la de salario, no resta la eficacia de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente, máxime cuando es claro que la retribución de labor que ejercía la convocante del juicio dependía del volumen de la entrega de los volantes, lo cual es indicativo de un pacto de salario a destajo entre las partes, modalidad contenida en el artículo 132 del CST.

De otro lado y para abundar en razones, analizado el artículo 38 del C.S.T., es claro para este colegiado que se dan las características de la contratación verbal, pues llama la atención de la Sala que las partes se pusieron de acuerdo con la índole del trabajo y el sitio donde ha de realizar la labor, esto es, la entrega de volantes en los lugares indicados por el líder de servicio; además, se avizora la cuantía (15 pesos por volante entregado según lo afirmado por el representante legal de la demanda) y la forma de la remuneración (a destajo) pactada entre estos, de tal manera y sin lugar a dubitaciones se dan las condiciones para declarar la existencia de la vinculación de carácter laboral y advertir el yerro en que incurrió la cognoscente de primer grado al no colegirlo.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiaria la demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante no ejecutó el servicio con sus propios medios de producción y asumiendo sus propios riesgos, sino que actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada a su objeto social.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró el Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes se ejecutó en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia consultada.

Extremos temporales de la relación

Esclarecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar los extremos temporales del citado nexo contractual.

Sobre tal aspecto, es del caso precisar que, pese a que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que se vio fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada a juicio, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre estos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime a la trabajadora de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, así como su jornada de trabajo, ya que es indispensable en los procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo 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"

Así las cosas, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida y dentro de los extremos que se afirman en el escrito genitor, esto es, entre el 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019, debe señalar la Sala que se allegó certificación expedida por la enjuiciada el 9 de noviembre de 2018, según la cual la trabajadora prestó sus servicios personales desde el 1 de junio de 2016, probanza que es suficiente para demostrar la prestación del servicio desde aquella data, tal y como se indicó en el libelo introductor, pues conforme lo ha señalado ampliamente la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral:

"El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial (...)" (Sentencias SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018)

En lo que hace al hito final, si bien fue un hecho desconocido por la demandada desde el mismo momento en que contestó la demanda, cuando señaló no tener conocimiento del momento en que la actora dejó de prestar sus servicios, no obstante, también es cierto que dicha falencia quedó superada en la medida en que el testigo Mauricio Muñoz Reyes sostuvo que la trabajadora prestó sus servicios hasta agosto de 2019, última fecha además en la que realizó el pago de su remuneración por la labor realizada.

Entonces, sobre este periodo, esto es, entre el 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019 se tendrán como extremos temporales de la relación laboral, no obstante, previo a liquidar las condenas, la Sala deberá zanjar la jornada laboral que mantuvo la actora, aspecto que pasa a continuación analizarse.

Así, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó si la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida dentro de los extremos que se señalan por la Sala; o si por el contrario esta fue esporádica u ocasional como lo alega la encartada, debe tenerse en cuenta que del acopio probatorio recaudado se tiene que no existe elemento de convicción que lleve a verificar que la labor realizada por la promotora de la litis en beneficio de la demandada fue de manera continua y permanente durante todos los días de la semana, como lo refiere aquella desde el libelo demandatorio, y por el contrario se tiene certeza, esencialmente de los medios probatorios aquí arrojados por la encartada, que la misma prestó su labor durante los jueves, viernes y sábado durante el tiempo en que estuvo vinculada al servicio de la enjuiciada, pues así lo refirió con contundencia el testigo Mauricio Muñoz Reyes, como atrás se hizo alusión, aspecto que no sobra precisar es corroborado por el representante legal de la demanda, pues este señaló en su interrogatorio que la actora prestaba sus servicios de jueves a sábado durante el tiempo en que estuvo vinculada a favor de la sociedad accionada.

Con todo lo anterior es claro para la Sala que aun encontrándose acreditada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem, ello no exime a la demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario y la jornada laboral, entre otros, lo anterior en aplicación de la línea de

pensamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, también ha fijado el criterio que en los casos que se tenga seguridad de la prestación personal del servicio en un determinado periodo, dicho lapso debe tener en cuenta para así poder calcular las acreencias y derechos laborales que correspondan a la trabajadora demandante.

Lo anterior, dado que en ocasiones se pretende desconocer los extremos temporales de una o varias relaciones laborales, ello con el fin de aminorar la protección prevista en las leyes sociales del trabajador, por manera que se debe acudir por parte del Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación laboral, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación a su finalización, ello con el fin de contrarrestar ese propósito.

De allí que lo dicho resulte fundamentalmente aplicable al caso en concreto, dado que, pese a la aseveración de la encartada de indicar que la citada relación contractual no fue continua y en forma permanente, desconociendo el extremo final de la relación laboral, lo cierto es que los medios de convicción dan cuenta la continuidad en la prestación de los servicios entre el 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019 y por lo menos durante tres días a la semana, los cuales corresponden a jueves, viernes y sábado.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio de la demandante a favor de American Delivery Service ADS S.A.S., y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se reitera, se deduce válidamente de las pruebas, las cuales dan cuenta que fue de forma ininterrumpida y continua, a la Sala no le queda otro camino que continuar el análisis de las pretensiones de orden condenatorio, teniendo para tal efecto los extremos temporales de la relación laboral indicados con anterioridad y una jornada laboral de 3 días a la semana; no sin antes estudiar el salario que devengó al interior del citado nexo contractual.

Salario

En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que la actora prestó sus servicios, se observa que al plenario se allegó extracto individual cuenta de ahorros expedido por el Banco Caja Social, mismo que da cuenta que durante el trimestre comprendido entre el 1 de abril a 30 de junio de 2019, la demandante recibió de la enjuiciada las siguientes sumas de dinero:

- El 2 y 10 de abril la cuantía de \$355.000 y \$420.000, para un total de \$775.000.
- El 2 y 10 de mayo las sumas fueron de \$260.000 y \$359.000, para un total de \$619.000.
- El 1 y 10 de junio de \$458.000 y \$357.000, para un total de \$815.000.

Sin embargo, para los períodos anteriores y posteriores a dicha data, no obra prueba en el informativo del salario devengado por ésta, siendo de su incumbencia probarlo, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en el citado extracto bancario, mismo que no fue tachado de falso tampoco desconocidos por la accionada, y para el periodo restante, como quiera que ninguna probanza adicional se aportó con la que se verificare el monto salarial, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

Promedio Salarial - 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019				
MES	SALARIO MÍNIMO LEGAL	EXTRACTO BANCARIO	SALARIO SEMANAL (3 días a la semana)	TOTAL (salario mensual *4,33 semanas (52 semanas del año /12 meses))
1/06/2016 - 31/12/2016	\$ 689.455		\$ 68.946	\$ 298.534
Promedio Salarial				\$ 298.534
1/01/2017 - 31/12/2017	\$ 737.717	-	\$ 73.772	\$ 319.431
Promedio Salarial				\$ 319.431
1/01/2018 - 31/12/2018	\$ 781.242		\$ 78.124	\$ 338.278
Promedio Salarial				\$ 338.278
ene-19	\$ 828.116		\$ 82.812	\$ 358.574
feb-19	\$ 828.116		\$ 82.812	\$ 358.574
mar-19	\$ 828.116		\$ 82.812	\$ 358.574
abr-19		\$ 775.000		\$ 775.000
may-19		\$ 619.000		\$ 619.000
jun-19		\$ 815.000		\$ 815.000
jul-19	\$ 828.116		\$ 82.812	\$ 358.574
ago-19	\$ 828.116		\$ 82.812	\$ 358.574
Promedio Salarial				\$ 500.234

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada a la señora Patricia Esperanza Monroy Puentes, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

En tal virtud, debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que la gestora de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **26 de septiembre del 2019**. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **exigibles** con anterioridad al **26 de septiembre del 2016**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**. La misma suerte correrán las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) y la relación laboral inició el 1 de junio de 2016 y finalizó el 30 de agosto de 2019.

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

• **Auxilio de transporte**

En lo atinente a este emolumento, cumple recordar que la Ley 15 de 1959, estableció el auxilio de transporte a favor de los trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal, y tiene por objeto subsidiar el traslado del trabajador desde y hacia su sitio de labor, cuando deba desplazarse, cuantía que establece el Gobierno Nacional. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 1 de 1963, debe incluirse únicamente para la liquidación de las prestaciones sociales.

Aduce la trabajadora que no percibió el citado auxilio, debiéndose conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP demostrar su pago por la encartada, y como no hay constancia de esto último, es decir, de su cancelación, no le queda otro camino para la Sala que acceder a su condena. A lo anterior se suma, que la actora devengaba menos de 2 SMLMV en vigencia de la relación laboral, además, no se probó que residiera en el mismo lugar de trabajo, tampoco que el traslado no le implicará mayor costo o esfuerzo, mucho menos que el transporte le fuera suministrado de manera gratuita por su empleador.

Auxilio de Transporte			
año	Valor Auxilio de Transporte diario	Días laborados	Total Auxilio de Transporte
2016	\$ 2.590,00	41	\$ 106.190
2017	\$ 2.771,00	155	\$ 429.505
2018	\$ 2.940,00	155	\$ 455.700
2019	\$ 3.234,00	103	\$ 333.102
Total			\$ 1.324.497

El conteo de los días laborados se efectuó conforme al calendario de cada uno de los años a liquidar.

Por tanto, se condenará a la demandada a pagar por concepto de auxilio de transporte la suma equivalente a **\$1.324.497.**

• **Auxilio de cesantía**

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST). El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantía, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Total (salario + auxilio de transporte)	Días a liquidar	Valor cesantías
2016	\$ 298.534	\$ 11.215	\$ 309.749	210	\$ 180.687
2017	\$ 319.431	\$ 11.998	\$ 331.430	360	\$ 331.430
2018	\$ 338.278	\$ 12.730	\$ 351.008	360	\$ 351.008

Auxilio de Cesantías					
2019	\$ 500.234	\$ 14.003	\$ 514.237	240	\$ 342.825
Total Auxilio de cesantías					\$ 1.205.950

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$1.205.950** por concepto de auxilio de cesantía entre el 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019.

• **Intereses a las cesantías**

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días a liquidar	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2016	ene-17	210	\$ 180.687	\$ 12.648
2017	ene-18	360	\$ 331.430	\$ 39.772
2018	ene-19	360	\$ 351.008	\$ 42.121
2019	Terminación de la relación laboral	240	\$ 514.237	\$ 41.139
Intereses a las cesantías				\$ 135.680

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$135.680** por concepto de intereses a las cesantías causadas.

• **Prima de servicios**

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$1.180.137** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días a liquidar	Valor prima
jun-16	Proporción prescrita				
dic-16	\$ 298.534	\$ 11.215	\$ 309.749	180	\$ 154.875
jun-17	\$ 319.431	\$ 11.998	\$ 331.430	180	\$ 165.715
dic-17	\$ 319.431	\$ 11.998	\$ 331.430	180	\$ 165.715
jun-18	\$ 338.278	\$ 12.730	\$ 351.008	180	\$ 175.504
dic-18	\$ 338.278	\$ 12.730	\$ 351.008	180	\$ 175.504
jun-19	\$ 500.234	\$ 14.003	\$ 514.237	180	\$ 257.119
2019	\$ 500.234	\$ 14.003	\$ 514.237	60	\$ 85.706
Total Prima de servicio					\$ 1.180.137

• Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Vacaciones -inició el contrato el 1 de junio de 2016				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días a liquidar	Valor vacaciones
1/06/2016 al 31/05/2017	1/06/2018	\$ 500.234	210	\$ 145.902
1/06/2017 al 31/05/2018	1/06/2019	\$ 500.234	360	\$ 250.117
1/06/2018 al 31/05/2019	Terminación del Contrato	\$ 500.234	360	\$ 250.117
1/06/2019 al 30/08/2019	Terminación del Contrato	\$ 500.234	180	\$ 125.058
Total vacaciones				\$ 771.194

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$771.194** por su compensación en dinero.

• Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de

febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuenta, sin mayores discusiones, que la dadora del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la promotora del proceso a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de las sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- **Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (acta de reparto del 26 de septiembre de 2019), en consecuencia, le corresponde la suma de \$16.674,46 a partir del 1 de septiembre de 2019 hasta que se efectúe el pago total de las acreencias adeudadas. En este punto es importante precisar que, para la forma de calcular la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, esta Sala de decisión acoge la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003.

- **Sanción por la no consignación de las cesantías.**

Sobre su liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTÍCULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA
2016	\$ 298.534	15/02/2017	31/12/2017	\$ 9.951	315	\$ 3.134.607
2016	\$ 319.431	1/01/2018	14/02/2018	\$ 10.648	45	\$ 479.147
2017	\$ 319.431	15/02/2018	31/12/2018	\$ 10.648	315	\$ 3.354.030
2017	\$ 338.278	1/01/2019	14/02/2019	\$ 11.276	45	\$ 507.417
2018	\$ 338.278	15/02/2019	31/08/2019	\$ 11.276	195	\$ 2.198.806
TOTAL SANCIÓN						\$ 9.674.007

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$9.674.007**.

• **Indemnización por despido sin justa causa**

La demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedida sin justa causa.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la demandante no cumplió con la aducida carga probatoria, en tanto que no existe prueba ni certeza de que la finalización del nexo laboral se hubiera dado por decisión unilateral del empleador, por lo que la súplica está llamada al fracaso.

Aportes al sistema de seguridad social

Frente a esta pretensión, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, se evidencia que no existe prueba que permita colegir el pago de los aportes dentro del periodo 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019, por lo que así procederá la Sala. En ese sentido, se **CONDENARÁ** a la demandada a pagar, previo cálculo actuarial y liquidación que realicen el fondo de pensiones y la EPS a las que se encuentre afiliada la demandante, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión y salud durante el citado lapso, teniendo en cuenta que la trabajadora laboró 3 días a la semana, en los términos del Decreto 2616 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, cuyo IBC de liquidación para los años 2016 a 2018 será el equivalente al salario mínimo mensual legal vigente y para el año 2019 la suma de \$500.234.

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar a la demandante por concepto de aportes a pensión y salud, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera".

Costas

En primera instancia a cargo de American Delivery Service ADS S.A.S. y en favor de la demandante. En este grado jurisdiccional de consulta sin condena en costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de enero de 2022, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la señora **PATRICIA ESPERANZA MONROY PUENTES** y **AMERICAN DELIVERY SERVICE ADS S.A.S.** entre el 1 de junio de 2016 al 30 de agosto de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **AMERICAN DELIVERY SERVICE ADS S.A.S.**, a pagar a la señora **PATRICIA ESPERANZA MONROY PUENTES**, las siguientes sumas de dinero:

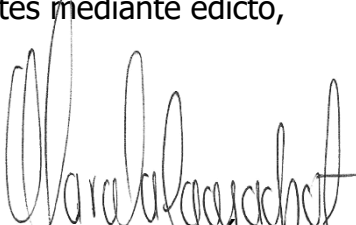
- a) **\$1.324.497**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$135.680**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$1.180.137**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$771.194**, por concepto de vacaciones.
- e) **\$1.324.497**, por concepto de auxilio de transporte.
- f) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$16.674,46** a partir del 1 de septiembre de 2019 y hasta que se efectúe el pago total de prestaciones sociales adeudadas.
- g) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$9.674.007**.

TERCERO: CONDENAR a **AMERICAN DELIVERY SERVICE ADS S.A.S.** previo cálculo actuarial y liquidación que realice tanto el fondo de pensiones y la EPS respectivamente y a las que se encuentre afiliada la demandante, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión y salud durante el citado lapso, teniendo en cuenta que la trabajadora laboró 3 días a la semana, en los términos del Decreto 2616 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, cuyo IBC de liquidación para los años 2016 a 2018 será el equivalente al salario mínimo mensual legal vigente y para el año 2019 la suma de \$500.234.

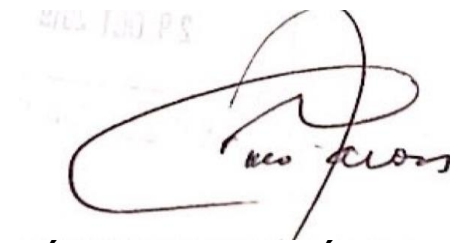
CUARTO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción y las demás no probadas.

QUINTO: CONDENAR en costas en primera instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **AMERICAN DELIVERY SERVICE ADS S.A.S.** Tásense. En este grado jurisdiccional de consulta sin condena en costas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text, possibly 'CIRCUITO JUDICIAL'.

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CAPITALINO RUIZ MUÑOZ
Demandada: ROJAS BAUTISTA INGENIEROS CONSTRUCTORES ASOCIADOS
Radicado No.: 23-2018-00225-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – APELACIÓN - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Capitalino Ruiz Muñoz, instauró demanda ordinaria contra Rojas Bautista Ingenieros Constructores Asociados S.A. y en forma solidaria a sus socios José Ignacio Salamanca, Lida Yasmine Rojas Bautista y Diego José Bautista Rojas, con el propósito de que se declare que con la sociedad demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de febrero de 1995 hasta la fecha de presentación de la demanda y en consecuencia, se disponga a su favor y de manera solidaria el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, aportes a seguridad social, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que presta sus servicios personales bajo continuada subordinación y dependencia para la sociedad demandada, desde el 15 de febrero de 1995 hasta la fecha, mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido. Refirió que ejerce la labor de oficial de construcción, devengando un promedio salarial de \$1.200.000, sin embargo, manifestó que su empleador no lo afilió a seguridad social desde el 15 de febrero de 1995 hasta el 30 de mayo del 2017, tampoco durante la relación laboral le consignó cesantías e intereses. (fol. 50 a 63).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, a través de Curador Ad Litem, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de ésta, a excepción de la primera declarativa consistente en la existencia de la relación laboral entre el actor y la sociedad. En lo que hace a las situaciones fácticas indicaron que se atenían al contenido de lo demostrado y probado en el curso procesal. Finalmente, propuso como excepción de fondo la de prescripción. (fol. 161 a 162)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de agosto del 2020, en la que el fallador declaró que entre la sociedad y el actor existieron dos contratos de trabajo, el primero entre el 1 de septiembre de 1996 al 31 de agosto de 2001, mientras

que el segundo desde el 1 de diciembre de 2001 al 29 de diciembre del 2018, desempeñando el cargo de oficial de construcción y como último salario la suma de \$1.200.000. Conforme a ello, condenó a la encartada a reconocer y pagar cesantías y sus intereses, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización moratoria, aportes pensionales y costas del proceso.

Para los fines que interesan al recurso de apelación sostuvo que la vinculación laboral que unió al demandante con la sociedad demandada estaba acreditada con las pruebas evacuadas al interior del proceso, en especial de la confesión que hizo el representante legal en su interrogatorio de parte, quien señaló que el actor trabajó en la compañía, primeramente, como ayudante de construcción y después como oficial de construcción.

Así las cosas, luego de establecer los extremos temporales de la relación laboral, aplicando para tal efecto el criterio que mantiene actualmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que se allegaron algunas relaciones de pago, mismas que venían con algunas letras encima en el nombre del actor y huella digital, sobre las cuales no se propuso tacha de falsedad, razón por la que debía darle pleno valor probatorio. En ese sentido, adujo que el demandante no era un incapaz absoluto en tanto que se hacía entender por medio de señas, números y letras, pese a su condición de sordo, por ende, tenía capacidad legal y para negociar, además, de que sus actos tienen eficacia jurídica.

Sentado lo anterior, indicó que si bien es cierto al plenario se allegaron paz y salvos frente a los cuales no se propuso tacha de falsedad, ni fueron desconocidos por la parte actora, lo cierto es que, con apoyo al criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estos demostraban pagos de prestaciones sociales y vacaciones, pero únicamente sobre el año 2018, razón por la que al no existir un solo medio de prueba que acredite el pago de acreencias laborales de años anteriores, debía impartir condena, para tal efecto.

Referente a los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones aludió a que, una de las obligaciones del empleador conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, es realizar aportes al sistema de seguridad social integral, en esa medida, observó que la demandada afilió al actor al señalado sistema, pero no realizó completamente los aportes pensionales dentro de los extremos de la relación laboral, es decir, los periodos entre el 1 de junio del 97 al 31 de agosto del 2001, 1 de diciembre del 2001 al mes de febrero del 2007 y 1 de junio del 2011 al 30 de noviembre del 2013, por lo que debía ordenar el pago de aportes pensionales, a través de un cálculo actuarial a satisfacción del fondo de pensiones. (Cd. fol. 199)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Recurso de apelación de la demandada. Inconforme con la anterior decisión la llamada a juicio formuló recurso de apelación manifestando que allegó paz y salvo del trabajador con el que acredita el pago de cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a la seguridad social desde el año 2014 a la fecha de terminación del contrato de trabajo. Agregó que la compañía realizó los aportes al sistema de seguridad social para los años 96 a 2001, además, que se le cancelaron directamente al actor los correspondientes a los años 2001 a 2007. (Cd. fol. 199)

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que de buena fe cancelaba directamente el pago a la seguridad social al trabajador, ya que este así lo exigía, además, de la documental aportada y no tenida en cuenta al momento de dictar sentencia el juez de primer grado, se desprende el pago de las cesantías, intereses a las

cesantías, vacaciones, prima de servicios a las que tuvo derecho el trabajador, mientras que sostuvo la relación de laboral con la sociedad accionada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Rojas Bautista Ingenieros Constructores Asociados S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Se equivocó el juez de primer grado al tener por no probado el pago de las acreencias laborales condenadas, pese a la existencia de documentales que evidencian que no le quedó adeudando suma alguna al actor?

Contrato de trabajo, sus extremos, cargo y salario

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que entre la sociedad Rojas bautista Ingenieros Constructores Asociados S.A. y el accionante existieron dos contratos de trabajo vigentes, el primero de ellos, entre el 1 de septiembre de 1996 al 31 de agosto de 2001 y el segundo, del 1 de diciembre de 2001 hasta el 29 de diciembre de 2018, tampoco hubo discusión respecto a la modalidad contractual celebrada, salario y cargo desempeñado. Puntos sobre los cuales, se reitera, no hubo reparo alguno.

Pago de acreencias laborales

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si al momento del finiquito del vínculo laboral la encartada realizó el pago de prestaciones sociales, compensación de las vacaciones y aportes pensionales, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese sentido, cumple recordar que la censura cuestiona en rigor que de haberse apreciado en debida forma el paz y salvo del trabajador sobre las prestaciones enunciadas, el A quo habría podido colegir que la enjuiciada no le quedó adeudando suma alguna por dichos conceptos. Así mismo, manifiesta que realizó el pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones entre el año 1996 a 2001 y canceló directamente al trabajador los correspondientes a los años 2001 a 2007.

Ahora, debe recordar que el juzgador de primer grado dedujo que se hallaba pendiente el pago de algunas obligaciones causadas en vigencia de la relación laboral, pues si bien evidencia que se allegaron paz y salvo frente a los cuales no se propuso tacha de falsedad, ni fueron desconocidos por el actor, lo cierto es que aquellos demostraban pagos de prestaciones sociales y vacaciones, pero únicamente sobre el año 2018, razón por la cual consideró que existe un saldo insoluto que debe asumir la encartada.

Siendo así, en el proceso obran las siguientes documentales:

- Obra comprobante de nómina a folios 168 a 179 donde se evidencia el pago de salarios y auxilios al trabajador, además, los descuentos que se realizaron por concepto de aportes a los subsistemas de seguridad social en salud y pensión a

cargo del trabajador, (fols. 168 a 179) sin que se observen pagos relacionados por prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales.

- Reposa en el expediente paz y salvo suscrito por el trabajador el 29 de diciembre de 2018, donde aquel declara que la sociedad enjuiciada se encuentra a paz y salvo por todo concepto relacionado con salarios, prestaciones sociales, incapacidades e indemnizaciones a las que tiene derecho por causa del trabajo realizado en la compañía. (fol. 187)
- Aparece documento titulado "*LIQUIDACIÓN DE CONTRATO A TÉRMINO FIJO*", con vigencia entre el 10 de enero de 2018 al 31 de diciembre del mismo año, en el cual se aduce que el actor recibió por concepto de primas la suma de \$1.259.584; \$147.791 y \$420 por concepto de auxilio de cesantía e intereses a las mismas respectivamente; \$586.667 por concepto de vacaciones. Allí, se verifica la suscripción del documento por el demandante. (fol. 188)
- En las carpetas tituladas "DOCUMENTOS ALLEGADOS POR LA DEMANDADA", "DOCUMENTOS CORREO DEL 17 DE JULIO DE 2020" que se encuentra en CD a fol. 221, obran comprobantes de nómina, donde se evidencia pago de salarios, auxilios, horas extras y descuentos a salud y pensión del trabajador, sin que se observen pagos relativos a prestaciones sociales y vacaciones.
- En las carpetas tituladas "DOCUMENTOS ALLEGADOS POR LA DEMANDADA", "DOCUMENTOS CORREO DEL 17 DE JULIO DE 2020" que se encuentra en CD a fol. 221, obran comprobantes de nómina, donde se evidencia el pago de salarios, auxilios, horas extras y descuentos a salud y pensión del trabajador, sin que se observen pagos relativos a prestaciones sociales y vacaciones.
- En la carpeta titulada "DOCUMENTOS CORREO DEL 14 DE JULIO DE 2020 – 2", aparece documento titulado "PRIMA SEGUNDO SEMESTRE 2018", donde se hace referencia a un pago por el citado concepto en cuantía de \$644.105,50, además, se verifica la suscripción del documento por el demandante.

Visto lo anterior, las citadas probanzas no tienen el alcance probatorio argüido por la censura, consistente en que hubo pago de prestaciones sociales y vacaciones en vigencia y al finiquito de las relaciones laborales, en tanto ello sólo da cuenta el valor del salario percibido por el actor y los valores a cancelar por los citados conceptos, pero no acredita ni da certeza sobre el pago que pretende hacer valer, de ahí que los citados medios de convicción no son útiles para el propósito perseguido por la censura.

En este punto, resulta discordante pretender derivar de la prueba documental en comento la solución de dichas acreencias laborales, cuando no existe medio de convicción alguno tendiente a demostrar que el actor recibió el monto en que se aduce en la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, de ahí que no sean de recibo por parte de este colegiado los argumentos de la censura, cuando estima que los documentos prueban su pago, ya que los mismos sólo evidencian únicamente el valor adeudado por concepto de las citadas prestaciones.

Al margen de lo anterior, en criterio de esta Sala aun cuando aduce la apelante la existencia de prueba sobre el pago de la liquidación del contrato de trabajo, es evidente que no arrió medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, pues es claro que conforme la documental que se acaba de relacionar de ninguna forma demuestra que el actor hubiere recibido el monto de sus prestaciones sociales y vacaciones, no solo en vigencia, sino al finiquito de la relación laboral.

En ese hilo conductor y habiendo señalado el demandante que no recibió el pago de las citadas acreencias laborales, le significaba entonces a su empleador probar lo contrario, es decir, presentar medio de convicción que permitiera colegir que realmente realizó su desembolso, no siendo suficiente con allegar los documentos relacionados como "LIQUIDACIÓN DE CONTRATO A TÉRMINO FIJO" y "PRIMA SEGUNDO SEMESTRE 2018", ni con el paz y salvo que suscribió el actor. Además, porque dicha exigencia solamente le compete a la sociedad enjuiciada, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le corresponde, en procura de enervar las obligaciones que se le atribuye.

En ese sentido, a propósitos de paz y salvos que suscriben los trabajadores, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1638 del 5 de mayo del 2021, precisó al respecto:

"Tampoco se aleja de la razón el argumento del Tribunal según el cual, por haber negado el actor haber recibido el monto de dicha liquidación, correspondía a la demandada allegar prueba como comprobante de pago o registro contable como era su obligación, para demostrar efectivamente el cumplimiento del deber de cubrir la liquidación final de prestaciones sociales, pues es claro que si en verdad el dinero a que alude el documento se hubiera entregado efectivamente al actor, era incuestionable que la empresa tuviera registro de tal egreso en su archivos y obviamente el comprobante contable de lo pagado, pero ello no fue así pues ninguna constancia aparece en el proceso. (...)

De conformidad con lo que se acaba de indicar, de tiempo atrás la jurisprudencia ha sostenido que el hecho de que el trabajador firme paz y salvos a su empleador no traduce, necesariamente, que las obligaciones a cargo de éste hubieren sido efectivamente solucionadas, por la potísima razón de que, fuera de que la situación de subordinación del trabajador respecto de su empleador permite predicar una natural sujeción reverencial a lo dispuesto por éste, entre ellos la suscripción de este tipo de documentos, lo cierto es que siendo el pago efectivo la prestación de lo que se debe (artículo 1626 Código Civil), y en términos probatorios una afirmación definida que requiere ser probada."

De cara al referente jurisprudencial, las citadas probanzas no tienen el alcance probatorio argüido por la censura, consistente en la solución de prestaciones sociales y compensación de vacaciones. Ahora, pese a lo anterior considera la Sala que debe mantenerse incólume la sentencia de primer grado si se tiene en cuenta que tales documentales sirvieron para que la A quo escatimará un pago parcial frente a las prestaciones sociales y vacaciones, como se dejó anotado en los antecedentes de esta sentencia, punto sobre el cual el demandante no tuvo reparo alguno.

Así las cosas, como quiera que no se arrió ningún medio de prueba más que las documentales atrás expuestas, la demandada deberá correr con las consecuencias de su inactividad probatoria, esto es, la ratificación sobre la decisión que tomó el A quo. Igual suerte correrá la condena en lo atinente a los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, pues sobre el pago de tal aspecto, tampoco se adosó medio de convicción tendiente a demostrar su solución, resultando desacertado que la censura pretenda que esta colegiatura tenga efectuado el pago del aporte pensional por el hecho de que el demandante lo recibió directamente, cuando está demás decir que tal aseveración desconoce abiertamente el mínimo de derechos y garantías que no sólo están previstas en la Ley, sino en la misma Constitución Política, y que demandan a los empleadores realizar los aportes, dado su carácter de irrenunciabilidad.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Rojas Bautista Ingenieros Constructores Asociados S.A. y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

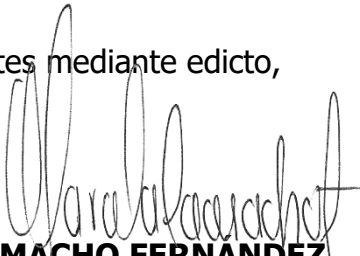
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de la demandada Rojas Bautista Ingenieros Constructores Asociados S.A. Las de primera, se confirman.

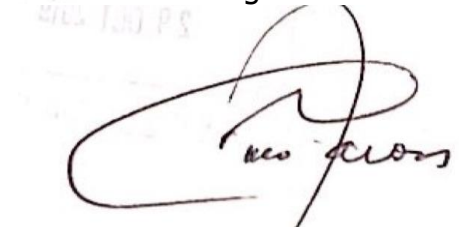
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

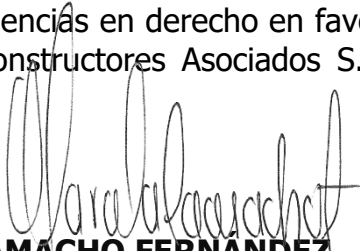


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Rojas Bautista Ingenieros Constructores Asociados S.A. en la suma de \$2.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LIGIA OLAYA GONZÁLEZ
Demandada: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 07-2018-00690-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. David Ricardo Guillen Rodríguez, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ligia Olaya González instauró demanda ordinaria contra Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación y traslado realizada a la primera de las citadas demandadas, por cuanto no existió una decisión informada, completa, comprensible, autónoma y consciente. En consecuencia, solicitó que se condene a la AFP Porvenir S.A. traslade todos los aportes, bonos y rendimientos a Colpensiones, se active la afiliación al RPM y se ordene a esta última el reconocimiento y pago de la mesada pensional, incluyendo el pago de las diferencias de las mesadas pensionales que resulten entre el valor que actualmente se encuentra reconocido y el valor que a futuro se le reconozca; además, pidió lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que realizó su primer aporte a pensión en el régimen de prima media administrado por el ISS el 2 de noviembre de 1982, trasladándose a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a partir del 1 de julio de 1994 y posteriormente a la AFP Porvenir S.A. el 1 de julio de 1999. Señaló que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías no desplegó ninguna actividad de asesoramiento transparente y responsable a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para proveer las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado al RAIS. (Expediente diigital, PDF

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01CuadernoPricipal, págs. 137 y 138); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. Al dar contestación del libelo introductor se opuso a la totalidad de las pretensiones. Frente a los supuestos fácticos expuso que la demandante suscribió formulario de afiliación el 24 de mayo de 1994, con fecha de efectividad el 1 de junio de 1994, precisando que los asesores a lo largo del tiempo y conforme la legislación y regulación vigente para cada época, han contado con preparación e idoneidad para brindar asesoría suficiente, clara, veraz y completa respecto a las características de ambos regímenes pensionales, a las personas interesadas en vincularse al régimen y fue con base en esa información que la actora decidió afiliarse al RAIS de manera libre, consciente, voluntaria e informada.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generan nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPricipal, págs. 190 a 216)

3.2. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Indicó que tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante y, por el contrario, observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria. Expuso que la promotora del juicio no cumple con los requisitos de la sentencia SU -062 de 2010 para que pueda trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPricipal, págs. 230 a 263)

3.3. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que el traslado que efectuó la demandante al RAIS fue legalmente celebrado con la suscripción del formulario de solicitud de vinculación o traslado de régimen, firmado de manera libre y voluntaria. Indicó que el traslado es perfectamente válido y legal, por consiguiente, no hay lugar a devolver aporte alguno. En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, prescripción de la acción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

(Expediente digital, PDF 01CuadernoPricipal, págs. 314 y s.s.)

3.4. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En audiencia celebrada el 4 de febrero de 2020, se ordenó su vinculación como litisconsorcio por pasiva y en su escrito de intervención se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no ha transgredido las disposiciones citadas por la demandante, en razón a que no existe, ni existió vínculo jurídico alguno, legal, reglamentario, contractual o laboral, por lo que no existe relación jurídica sustancial entre esta y el ministerio. Formuló las excepciones que

denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 455 a 479)

4. Demanda de reconvención presentada por AFP Porvenir S.A. Por escrito separado, la sociedad demandada presentó demanda de reconvención contra de la demandante, con el fin de que se declare que reconoció pensión de vejez a la misma desde julio de 2018 y, en consecuencia, se le condene a devolver los pagos realizados una vez se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS correspondientes a las mesadas pensionales recibidas desde aquella data, debidamente indexadas, junto con el pago de costas procesales. Como situaciones fácticas expuso que, de conformidad con la solicitud pensional, el 17 de julio de 2018 informó a la actora que su pensión de vejez había sido aprobada, la cual se pagó a partir del 4 del mismo mes y año. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 302 a 313)

5. Contestación a la demanda de reconvención. Al pronunciarse respecto a la demanda de reconvención, se opuso a las pretensiones formuladas, esgrimiendo que es un hecho cierto que a la demandante se le reconoció pensión de vejez con el saldo de su cuenta, sin incluir su bono pensional, no obstante, de conformidad con lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales, de allí que no deba reintegrar suma alguna. Propuso como excepción previa las de falta de legitimidad para iniciar la demanda de reconvención y como de fondo las de cobro de lo no debido, mala fe de la demandada y genérica. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 415 a 422)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las enjuiciadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas a la accionante.

Para arribar a tal decisión sostuvo que en los casos donde se pretende la ineficacia del traslado por falta de información del fondo privado al momento de la afiliación por parte de un pensionado, no es procedente acceder a las pretensiones de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 de 2021. Así, dijo que la demandante habiendo solicitado, aceptado y recibida la pensión de vejez por parte de la AFP Porvenir S.A., ostenta un derecho consolidado y, por consiguiente, admitió que su vinculación se realizó de manera libre y voluntaria, dando validez al acto jurídico del traslado realizado en 1994, lo que le imponía absolver a las demandadas de todas cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 16Audiencia Art 80 CPL - Fallo)

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el demandante formuló recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado, bajo el argumento de que si bien es cierto no desconoce que mediante sentencia del 10 de febrero del 2021 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia abandonó el criterio sentado en la sentencia SL del 9 de septiembre de 2018, rad. 31989, además, que mantiene el estatus de pensionada, advierte que al momento de la presentación de la demanda las reglas jurisprudenciales se encontraban amparadas precisamente en esta última sentencia, por tanto, el deber de información no sólo se reviste en estricto cumplimiento respecto de los afiliados, sino, en una obligación que se debía cumplir y verificar por parte de la AFP respecto de los pensionados. Refirió que frente a la condena en costas estas deben revocarse, dado que en el caso donde se presenta la demanda y en el curso del proceso existe una variación de la jurisprudencial, siendo, por tanto, la condena desfavorable, no hay lugar a la imposición de estas. (Expediente digital, audio 16Audiencia Art 80 CPL - Fallo)

8. Alegatos de conclusión

8.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el incumplimiento por parte de Colfondos, al deber de información en los términos en que lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se encuentra plenamente acreditado al interior de la presente actuación, por tanto tal aspecto no es objeto de discusión. Advirtió que no desconoce que la misma Corporación abandono el criterio sentado en la sentencia CSL SL 9 sep. 2008, rad 31989, respecto de la invalidación del traslado cuando quien demanda es un pensionado, sin embargo, la presente demanda fue presentada en el mes de noviembre del año 2018, fecha para la cual el precedente jurisprudencial se encontraba vigente en relación con la ineficacia del traslado del RAIS para quienes tenían el estatus de pensionados. Así las cosas, sostuvo que su situación pensional actual no impide que se declare la ineficacia a la luz del precedente jurisprudencia vigente para el momento de presentación de la demanda.

8.2. AFP Porvenir S.A. Indicó que se aplica el precedente jurisprudencia al encontrarse que la demandante se encuentra debidamente pensionada por AFP Porvenir S.A. donde hicieron parte varias entidades para el reconocimiento concretándose resoluciones y actos de reconocimiento de bonos, surgiendo así reconocimientos de bono pensional con ocasión a la solicitud pensional, lo que indica que tiene una situación jurídica concreta y consolidada, por lo que no hay lugar al retorno de régimen.

8.3. Colpensiones. En su escrito de alegaciones indicó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, 12 de julio de 2018, la actora contaba con 57 años, pues nació el 20 de enero de 1961, encontrándose en una prohibición legal descrita en la Ley 797 de 2003. Expuso que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), en tanto que se encuentra frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y AFP Porvenir S.A. por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional de Ligia Olaya González al régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a ostentar la calidad de pensionada bajo la modalidad de retiro programado? Para lo cual se abordará los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es procedente aplicar el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SL373-2021, a pesar de que la calidad de pensionada del RAIS se adquirió en el transcurso del proceso? (ii) ¿El a quo debe tener en cuenta los hechos sobrevinientes al momento de dictar sentencia?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Ligia Olaya González, se afilió a la otrora ISS hoy Colpensiones el 2 de noviembre de 1982, realizando cotizaciones desde aquella data hasta el 18 de marzo de 1988 (Expediente digital, PDF 02ExpedienteAdministrativo); que se trasladó a

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 24 de junio de 1994, como se evidencia en el formulario de afiliación (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 217); posteriormente la demandante firmó formulario de afiliación el 24 de abril de 1999 a Colpatria, Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., entidad que el 17 de julio de 2018 le aprueba solicitud pensional en la modalidad de retiro programado, con fecha de adquisición del derecho el 4 de julio de 2018 (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 381 a 383)

En torno de la definición de esta clase de controversias, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse, en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, decidiendo *"abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado"*.

En la citada providencia, la Corte expresó que la calidad de pensionado es una *"situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer"*, ya que ello conlleva a configurar *"disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto"*.

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso.

Así mismo, en providencia SL1309-2021, hace eco de lo ya dicho en la sentencia SL373-2021, con el aditamento conceptual de definir en qué momento se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS para efecto de verificar la procedencia o no del traslado de régimen pensional, y en lo que interesa mencionar que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS cuando el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular opte por cualquiera de las modalidades pensionales en el RAIS, ya que de tal escogencia se determina las características de su mesada pensional.

Al margen de lo anterior, ha de ponderar la Sala que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, establece que la obligación del consentimiento informado de la AFP no solo se debe atender en la antesala del traslado, sino también: *"durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*, regulación que permite inferir que una vez solicitada y obtenida la prestación económica de vejez ante la AFP y entrado en el pleno disfrute pensional, la falta de información integral en el traslado inicial entre regímenes pensionales deja de ser relevante, en tanto se trata de una persona adquirente de un nuevo status como pensionado, acto jurídico en la que la AFP le pone a disposición las diferentes modalidades pensionales del RAIS (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 373 a 377), y a consecuencia de ello, la actora escoge la modalidad de retiro programado con redención del bono pensional, lo que llevó a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a expedir la Resolución No. 17559 del 26 de enero de 2018 (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 488 a 494); prestación que se vino a disfrutar el 4 de julio de 2018, conforme a la respuesta dada por la codemandada AFP Porvenir S.A. a la solicitud pensional. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 381 a 383).

Circunstancias que resultan relevantes jurídicamente y que no puede pasar de soslayo la Sala, pues si bien es cierto, la ineficacia de la afiliación y traslado inicial al RAIS conlleva restablecer el *status quo*, no lo es menos que no puede desconocerse la voluntad de la actora de escoger libremente la modalidad pensional suscribiendo un nuevo acto jurídico con efectos legales particulares, concretos y oponibles, aunado a que la decisión con la cual se concedió la pensión de vejez en el RAIS le permitía la posibilidad de presentar solicitud de reconsideración, sin que se demuestre en el legajo inconformidad alguna respecto del reconocimiento pensional, ni mucho menos que se ponga en entredicho la falta de información al momento del traslado inicial en el año de 1994, razón por la cual, una vez despuntó el disfrute pensional a partir del 4 de julio de 2018, se consolidó plenamente la calidad de pensionada, y por ende, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia se hace improcedente la declaratoria de ineficacia instada.

Ello así, al tratarse de un nuevo acto jurídico de naturaleza irrevocable, mal haría el operador judicial por la vía de la ineficacia del traslado dejar tal acto sin efectos.

Ahora, esgrime el apoderado judicial de la parte actora que debe aplicarse el precedente vigente al momento de presentar la demanda, petición que lleva a la Sala a traer a colación lo dispuesto en el artículo 281 del CGP, relativo a que en la sentencia se tendrá en cuenta *"cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda"*, lo que en efecto acontece en el presente asunto, pues para la calenda en que se presentó la acción judicial ya se encontraba pensionada y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con posterioridad modificó su criterio, para esbozar la improcedencia de la ineficacia del traslado en tratándose de pensionados.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC, hoy 281 del CGP, relativo a los "hechos sobrevinientes", incluso en la sentencia SL2650-2020 en el transcurso del trámite del recurso extraordinario de casación la demandante acreditó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento pensional, lo que llevó a la Corte a reconocer el derecho prestacional, aduciendo que debe tenerse en cuenta los "hechos sobrevinientes" con el propósito de que las *"decisiones judiciales no resulten reñidas o ajenas a la realidad"*.

En el sub examine, en efecto las pretensiones incoadas están referidas a la ineficacia o nulidad del traslado de régimen en calidad de afiliada, y para esa calenda el criterio de la Corte Suprema de Justicia era el de la procedencia de la ineficacia del traslado, independiente de si era afiliado o pensionado; no obstante, con la sentencia SL373 de 2021, abandonó el criterio que venía sosteniendo sobre la ineficacia en tratándose de pensionados, criterio aplicable con efectos inmediatos, y no como lo quiere hacer entrever la actora al aducir que se excepcionan los procesos que se hayan radicado con anterioridad a la sentencia SL373-2021, o que deba verificarse si al momento de la interposición de la demanda era afiliado o pensionado, pues como se dijo, el criterio actual sostenido por la Corte es la improcedencia de la ineficacia del traslado de quienes ostenten la calidad de pensionados.

Finalmente, como en el sub examine ninguna pretensión está encaminada al reconocimiento de indemnización de perjuicios, ninguna disquisición se realizará al respecto.

Costas

En segunda instancia no se impondrá costas por no haberse causado. Las de primera se confirman, ya que de conformidad con el artículo 365 del CGP, la parte actora resultó ser la parte vencida en el proceso, y por ende se despacha de manera desfavorable la alzada en este aspecto.

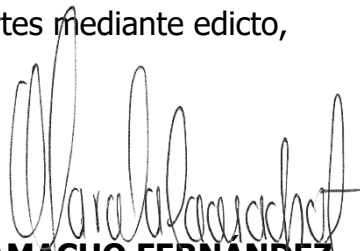
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

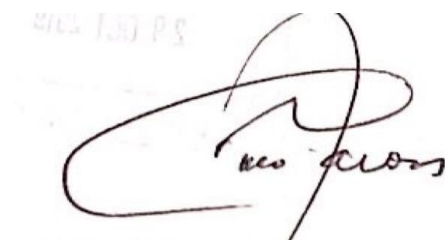
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(salva voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-